

الزَّخِيرَةُ

لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي

ت 684 هـ - 1285 م

الجزء الرابع

تحقيق
الأستاذ محمد بوخبرة



دار الفرب الإسلامي

جَمِيعُ الْحَقُوقِ مَحْفُوظَةٌ
الطبعة الأولى
1994

© 1994 دار الغرب الإسلامي

دار الغرب الإسلامي
ص . ب . 5787-113 بيروت

جميع الحقوق محفوظة . لا يسمح بإعادة إصدار الكتاب أو تخزينه في نطاق إستعادة المعلومات أو نقله بأي شكل كان أو بواسطة وسائل إلكترونية أو كهروستاتية ، أو أشرطة ممغنطة ، أو وسائل ميكانيكية ، أو الاستساح الفوتوغرافي ، أو التسجيل وغيره دون إذن خطي من الناشر .

الذخيرة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الأيمان

واليمين في اللغة مأخوذة من اليمين الذي هو العضو، لأنهم كانوا اذا حلفوا وضع أحدهم يمينه في يمين صاحبه، فسمي الحلف يمينا لذلك، وقيل: اليمين: القوة، وسمي العضو يمينا لوفور قوته على اليسار، ومنه قوله تعالى: ﴿لَاخِذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ﴾ (الحاقة: 45) أي بالقوة، ولما كان الحلف يقوي الخبر عن الوجود أو العدم سمي يمينا، فعلى هذا التفسير يكون التزام الطلاق أو العتاق وغيرها على تقدير المخالفة يمينا بخلاف التفسير الأول، وفي (الجواهر): قال القاضي أبو بكر: هو ربط العقد بالإمتناع أو الترك، أو بالإقدام على فعل بمعنى معظم حقيقة أو اعتقاداً، ويرد عليه أسئلة أحدها: أن جميع ما ذكره يتصور بغير لفظ، والعرب لا تسمي الساكت حالفاً، وثانيها: ان اليمين قد تكون على خلاف المعتقد كما في الغموس، وثالثها: ان اليمين قد تكون على فعل الغير أو تركه، فلا يكون بينها إقدام ولا إحجام، والحق أن يقال: هو جملة خبرية وضعا، انشائية معنى، متعلقة بمعنى معظم عند المتكلم، مؤكدة بجملة اخرى من غير جنسها، فقولنا: خبرية، لأن ذلك صيغتها، وقولنا: انشائية، لأنها لا تحمل التصديق والتكذيب، فهي نحو: بعت، واشتريت، وانت حر، وانت طالق، وقولنا: من غير جنسها: احترازا من تكرير⁽¹⁾ القسم من غير ذكر المحلوف عليه، فإنه لا يسمى حالفاً إلا اذا ذكر المحلوف عليه، وبقية القيود ظاهرة، وقد خصص الشرع هذا المعنى في بعض موارد، وهو أن يكون المعظم ذات الله أو صفاته العلى، كما صنع في الصلاة والصوم وغيرها، وفي الكتاب: ستة ابواب.

(1) في (ي): تكرر.

البَابُ الْأَوَّلُ

في حكمه

وفي (المقدمات) : هو مُباح في⁽¹⁾ الحلف بالله تعالى وبأسمائه الحسنی وصفاته العلی ، ومحرم ، وهو الحلف باللآة والعزى وما يعبد من دون الله تعالى ، لأن الحلف تعظيم ، وتعظيم هذه الأشياء كفر ، ومكروه وهو الحلف بما عدا ذلك ، وقاله (ش) : لما في مسلم قال⁽²⁾ عليه السلام (إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَنْهَاكُمْ أَنْ تُحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ ، فَمَنْ كَانَ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيُصْمِتْ) وهو ينقسم الى ما يلزم ، كالعتاق والطلاق ، والى ما لا يلزم ، كالترام شرب الخمر ونحوه ، والحلف بالرسول عليه السلام ، أو الكعبة ، أو المشي الى السوق ، قال اللخمي : الحلف بالمخلوقات كالنبي عليه السلام والكعبة ممنوع ، فمن فعل فليستغفر الله تعالى . واختلف في جواز الحلف بصفات الله تعالى كالقدرة ، فالمشهور : الجواز ولزوم الكفارة ، وقاله الأئمة ، وروي عن مالك : الكراهة في : لَعَمْرُ اللَّهِ وأمانة الله . وان الحلف بالقرآن والمصحف ليس بيمين ، ولا كفارة فيه ، وفي (الجواهر) : لا يجوز الحلف بصفاته الفعلية ، كالرزق والخلق ، ولا تجب الكفارة ، وهو موافق للخمي دون (المقدمات) ، ويدل على جواز الحلف بالصفات القديمة : مَا فِي الْبَخَارِيِّ⁽³⁾ (ان ايوب عليه السلام قال : بلى وعزتك ، ولكن لا غنى لي عن بركتك) .

(1) في (ي) : وهو .

(2) مالك في (الموطأ) في الأيمان ، باب جامع الأيمان ، والبخاري في الأيمان ، باب لا تحلفوا بآبائكم عن ابن عمر . ومسلم في الأيمان ، باب النهي عن الحلف بغير الله ، عن عمر بن الخطاب .

(3) رواه البخاري في الغسل ، باب من اغتسل عرياناً وحده في الخلوة ، وفي الأنبياء ، باب قول الله تعالى : (وايوب اذ نادى ربه النخ) ورواه النسائي ، عن ابي هريرة .

سؤال، قال⁽¹⁾ عليه السلام في حديث الأعرابي السائل عما يجب عليه: (أَفْلَحَ وَأَبْيَه إِنْ صَدَقَ) فقد حلف عليه السلام بمخلوق، وجوابه: إما منع الصحة في هذه اللفظة فانها ليست في (الموطأ)، أو بأنه منسوخ بالحديث المتقدم، ذكره صاحب (الاستذكار)، وإما بأن هذا خرج مخرج توطئة الكلام لا الحلف، نحو قولهم: قاتله الله، ما اكرمه، وقوله⁽²⁾ عليه السلام لعائشة: (تَرَبَّتْ يَدَاكَ، وَمِنْ أَيْنَ يَكُونُ الشُّبْه) خرج عن الدعاء الى توطئة الكلام.

(قاعدة). توحيد الله تعالى بالتعظيم ثلاثة اقسام: واجب اجماعا، كتوحيده بالعبادة والخلق والإرزاق، فيجب على كل أحد ان لا يُشْرِكَ معه تعالى غيره في ذلك، وما ليس بواجب اجماعا، كتوحيده بالوجود والعلم ونحوهما، فيجوز أن يوصف غيره بذلك اجماعا، ومختلف فيه، كالحلف بالله تعالى، فإنه تعظيم له، واختلف العلماء: هل يجوز أن يشرك معه غيره فيه أم لا؟ وإذا قلنا بالمنع: فهل يمتنع أن يقسم على الله تعالى ببعض مخلوقاته؟ فإن القسم بها تعظيم لها، نحو قولنا: بحق محمد اغفر لنا، ونحوه، وقد حصل فيه توقف عند بعض العلماء، ورجح عنده التسوية، ولا يشكل على القول بالمنع حلفه تعالى بالتين، والزيتون، والسماء، والشمس، وغير ذلك، لأن من العلماء من قال: تقديره: أقسم بها لئلا عباده على عظمتها عنده فيعظمونها، ولا يلزم من الحجر علينا الحجر عليه، بل هو المالك على الإطلاق يفعل ما يشاء ويحكم ما يريد.

(1) رواه مسلم في كتاب الإيمان، باب بيان الصلوات التي هي أحد أركان الإسلام، عن طلحة ابن عبيد الله. وقول المؤلف: يمنع صحة الحديث لأنه ليس في (الموطأ) في منتهى الغرابة.
(2) الرواية: يمينك، والحديث رواه مالك في (الموطأ) عن عروة بن الزبير في الطهارة، وأبو داود في الطهارة، ونحوه في مسلم في الحيض، ورواه أحمد في (المستند) عن أم سليم، والنسائي في الطهارة، والدرامي في الوضوء. وهو صحيح.

الباب الثاني في الموجب للكفارة

وفيه فصلان: الفصل الأول: في الصريح والكناية. أما الصريح الذي يوجب الكفارة بنطقه من غير احتياج الى نية: ففي (الكتاب): الحلف بجميع أسماء الله تعالى وصفاته يوجب الكفارة، نحو: العزيز اللطيف، أو عزة الله وأمانته، ولعمر الله، وعلي عهد الله أو ذمته، أو كفالته، أو ميثاقه، وقاله (ح) وابن حنبل، وقال (ش): العهد والكفالة والميثاق، وقولنا: وحق الله، والرحمن، الرحيم، والعليم، والجبار، كنيات، لتردها بين القديم والمحدث، إن نوى القديم وجبت الكفارة والا فلا، قال اللخمي: العهد أربعة، تلزم الكفارة في وجه، وتسقط في اثنين، ويختلف في الرابع، فالأول: علي عهد الله، والإثنان: لك علي عهد الله، وأعطيك عهد الله، والرابع: أعاهد الله، اعتبره ابن حبيب، وأسقطه ابن شعبان، قال: وهو أحسن، وقال ابن عبد الحكم: لآها الله، يمين، نحو بالله، وفي (البيان): إذا قال: يعلم⁽¹⁾ الله لا فعلت، استحب له مالك الكفارة احتياطاً، تنزيلاً له منزلة أيم الله تعالى، وقال سحنون: إن أراد الحلف وجبت الكفارة، والا فلا، لأن حروف القسم قد تحذف، وإذا حلف بالقرآن: فرواية ابن القاسم: الكفارة حملاً له على القديم. وقاله (ش) وابن حنبل، وروي عن مالك: عدم الكفارة حملاً له على الحروف، لأنه المتبادر في العرف الى الذهن والفهم، وفي (الجواهر): أيم الله يمين، وفي (الكتاب): وعزة الله: لمالك في ايجابه الكفارة: روايتان.

(1) في (ي): علم.

(فوائد). امانة الله تعالى تكليفه، لقوله تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾ (الأحزاب: 72) الآية، الى قوله: ﴿وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ﴾ وتكليفه: كلامه القديم فهي صفته تعالى، وعمر الله تعالى: بقاءه وهو استمرار وجوده مع الأزمان، ووجوده: ذاته، وعهد الله تعالى: الزامه، لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِي﴾ (البقرة: 40) اي تكليفي، فهو صفة ذاته تعالى، وذمته: إلزامه⁽¹⁾، فيرجع الى خبره، وخبره: كلامه، (وكذلك كفالته، والميثاق هو العهد المؤكد بالحلف فيرجع الى كلامه تعالى)⁽²⁾ وأمين الله تعالى: قال سيبويه: هو من اليمن والبركة، ولذلك قال (ش): هو كناية لتردده بين المحدث من تنمية الأخلاق والأرزاق، وبين القديم الذي هو جلال الله وعظمته تعالى، ومنه قوله تبارك وتعالى: ﴿تَبَارَكَ الَّذِي بِيَدِهِ الْمُلْكُ﴾ (الملك: 1) اي عظم شأنه، وكبر علاؤه، وقال الفراء: هو جمع يمين، فيكون الكلام فيه كالكلام في أيمان المسلمين من جهة أنه⁽³⁾ هو صريح او كناية، ويقال: آمين الله وأمين الله، ومن الله، وم الله.

فرع: في (الجواهر): إذا قال: الأيمان تلزمي: قال الاستاذ ابو بكر: ليس للملك ولا لأصحابه فيها نص، وانما تكلم فيها المتأخرون فأجمعوا على لزوم الطلاق في جميع النساء، والعناق في جميع العبيد، فإن لم يكن له عبيد: فعليه عتق رقبة، والمشي الى مكة في الحج، والتصدق بجميع أمواله، وصيام شهرين متتابعين، وقال أبو بكر بن عبد الرحمن واكثر الأندلسيين: يلزمه الطلاق الثلاث، وقال ابو عمران والعراقيون⁽⁴⁾: واحدة، واختار الأستاذ: أن لا تلزمه الا ثلاث كفارات، حملا لليمين على اليمين بالله تعالى الذي هو المشروع، قال: إلا أن ينوي غير ذلك، أو يكون عرفا، وحملا للصيغة على أقل الجمع، قال: ولا فرق بين: الأيمان تلزمي، أو لازمة لي، أو جميع الأيمان، أو الأيمان كلها تلزمي، وقال ابو الطاهر: لم يختلف المذهب أن جميع الأيمان تلزمه عند عدم النية، ويلزمه التصديق بثلاث ماله، وكفارة يمين، ومن

(1) في (د): التزامه.

(2) زيادة من (د).

(3) في (ي): من جهة هل هو صريح او كناية.

(4) في (ي): والقرويون.

اعتاد الحلف بِصوم سنة لزمه⁽¹⁾، وهكذا يجري⁽²⁾ في حكم أيمان البيعة، وهي أيمان رَتَّبها الحَجَّاج، فيها اليمين بالله تعالى والطلاق والعتاق والحج وصَدَقَ المال، يحلف بها الناس عند البيعة، قال صاحب (التخليص): واختلف هل الطلقة بائنة أو رجعية؟ قال: ومنشأ الخلاف: اختلاف الرواية عن مالك في أشد ما اخذ احد على احد، هل تلزمه طلقة أو ثلاث.

قواعد: اليمين حقيقته لغة: الحلف على ما تقدم من الخلاف، وإطلاقه على الطلاق والعتاق والنذر⁽³⁾ مجاز، لأنه ليس بحلف، فلو⁽⁴⁾ حَلَفَ بالطلاق أو العتاق لا يلزمه شيء، لأنه حلف مُحدث، والعلاقة في هذا المجاز: أن الحالف ملتزم بالحكم على تقدير، وهو الكفارة على تقدير الحنث، والمعلق من الطلاق وغيره قياساً على تقدير وجوب الشرط، ثم هذا المجاز منه خفي لم يترجح⁽⁵⁾ على الحقيقة ولا سواها، نحو: لله عليّ هدي، أو بناء مسجد، أو الغزو، ومنه راجع على الحقيقة أو مساو، وهو ما ذكره المتأخرون، ويدل على الشهرة قديماً وحديثاً: قوله⁽⁶⁾ عليه السلام: (الطلاق والعتاق، يمين الفساق) فسماهما أيماناً، ومن قواعد المذهب: استعمال اللفظ المشترك في جميع مسمياته، وغير المشترك في مجازاته المستوية، ومجازه وحقيقته، فلذلك حمل المتأخرون اللفظ على ما ذكروه دون غيره من التعاليق، وأما إذا قلنا: اليمين أصله من القوة لأنه يقوي المخبر عنه، فالتعاليق (أيضاً)⁽⁷⁾ مقويات للإقدام والإحجام، فيكون اللفظ متواطئاً في الجميع، وقد دخلت عليه أداة العموم فيعم الجميع، إلا ما خصّه الدليل بالإجماع، وقد تقدم تقريره أول الكتاب.

(1) في (ي): يلزمه.

(2) في (ي): الجري، وكتب فوقها: كذا.

(3) في (د): والنذور.

(4) في (ي): بل لو حلف.

(5) في (د): لم يرجح.

(6) هذا لا اصل له، كما قال السخاوي في (المقاصد الحسنة) قال: وإظنه مُدرجاً. وكذلك قال

علي القاري في (الأسرار المرفوعة، في الأحاديث الموضوعة) حرف الطاء صفحة 240 طبعة الصباغ.

(7) زيادة من (د).

وقاعدة: (ش): حمل اللفظ على حقائقه ومجازاته، ومجازه وحقيقته، وقد خالف في هذه القاعدة⁽¹⁾ أصله فقال: ان نوى شيئاً لزمه والا فلا، محتجا بان هذا كناية فيتبع النية، والصريح هو النطق بالإسم المعظم، ولم ينطق به، وجوابه: ان كل ما يعتقد صريحا فلفظ اليمين صادق عليه حقيقة في اللغة، فلفظ الأيمان تتناول الصريح بالوضع، والكناية لا تتناول بالوضع، بل تصلح للتناول فليست بكناية، فان قيل: لفظ اليمين يتناول قولنا: والله من جهة عموم كونه حلقا، لا من جهة خصوص قولنا: والله، بل لفظ اليمين صادق عليه وعلى قولنا: والكعبة، وحياتي، ولعمري، والدال على الأعم غير الدال⁽²⁾ على الأخص وغير مستلزم له، فيكون كناية، قلنا: القائل: أيمان المسلمين، والأيمان نطق بصيغة العموم الشاملة لكل ما يصدق عليه يمين، لأن اللام للعموم، واسم الجنس اذا أضيف عم، فكانت الصيغة متاملة لكل يمين مخصوصة، فيكون صريحا، أجمعنا على سقوط ما لم يشرع وما لم يشتهر عرفا، بقينا في صفة العموم على مقتضى الأصل، قال ابن يونس: اذا قال: أشد ما أخذ أخذُ على أحد ولا نية له وحَنَتْ طلق نساؤه وعَتَق عبيده، ومشى الى البيت، وتصدق بثلاث ماله.

فائدة، قال صاحب كتاب (الخصال): الموجب للكفارة سبع وعشرون صيغة: الله، وبالله، وتالله، ولعمر الله، والله، ويعلم الله، ووحى الله، وايم الله، وباسم الله، وبعزة الله، وبكبرياء الله، وقدرة الله، وعظمة الله، وأمانة الله، وعهد الله، وذمة الله، وكفالة الله، وميثاق الله، واشهد بالله، وأعزم بالله، واحلف بالله، وعليّ نذر (لله)⁽³⁾، وبالقرآن، وبالمصحف، وبما أنزل الله، وبالتوراة، وبالإنجيل، والكناية ما هو متردد بين الموجب وغيره على السواء، ففي (الكتاب): اذا قال: أشهد أو أقسم أو أحلف أو أعز: ان أراد بالله فهو يمين، والا فلا شيء عليه، قال ابن يونس: قال اصحابنا: معاذ الله ليست يمينا إلا ان يريد اليمين،

(1) في (ي): المسألة.

(2) في (ي): دالٌ.

(3) الزيادة من (د).

وقيل: معاذ الله، وحاشا لله، ليست يمينا مطلقا، لأن المعاذ من العوذ، ومحاشاة الله من التبرئة اليه، فهما فعلا محدثان.

(تمهيد) (لما)^(١) تقدم ان اساء الله تعالى كلها يجوز الحلف بها وتوجب الكفارة على تفصيل يأتي، إما لدالاتها كلها على الذات اما من حيث هي هي، وهو قولنا: والله، لأنه على الصحيح موضوع للذات من حيث هي هي علما عليها، لجريان النعوت عليه، فنقول: الله، الرحمان، الرحيم، وقيل: للذات مع جملة الصفات، وإما لدالاتها على الذات مع مفهوم زائد وجُودي قائم بذاته تعالى، نحو قولنا: عليم، أو وجُودي منفصل عن الذات، نحو خالق، أو عديمي، نحو: قدوس، ثم هو أربعة اقسام: ما ورد السمع به، (ولا يؤهم نقصا)^(٢) نحو: العليم، فيجوز اطلاقه اجماعا، (وما لم يرد السمع به، وهو مؤهم فيمتنع اطلاقه اجماعا، نحو: متواضع)^(٣) وما ورد السمع وهو مؤهم: فيقتصر به على محله، نحو: مكر، وما لم يرد السمع به وهو غير مؤهم، فلا يجوز اطلاقه عند الشيخ أبي الحسن، ويجوز عند القاضي، وقيل بالوقف، نحو: السيد، قال أبو الطاهر: فكل ما جاز إطلاقه جاز الحلف به وأوجب الكفارة، والا فلا، فتنزل الاقسام المتقدمة على هذه الفتيا، وما يسمى صفة لله تعالى ثلاثة اقسام: قديم، ومحدث، ومختلف فيه، هل هو قديم أو محدث؟ والمحدث قسمان: وجودي، نحو: الخلق والرزق، فلا يحلف به، ولا يوجب كفارة، وسليبي نحو: الحلم والإمهال والعفو، لأن الأولين تأخر العقوبة، والثالث: اسقاطها، والظاهر: انه كالوجودي، ولم ار فيه نقلا بخصوصه، والقديم ثلاثة اقسام: ما هو عائد الى نفس الذات، كالوجود والقدم والبقاء^(٤) فيجوز الحلف به، ويوجب الكفارة، وما هو زائد على الذات وجودي، وهو سبعة: العلم

(١) زيادة من (ي).

(٢) في (ي): ان اساءه تعالى.

(٣) ما بين القوسين زيادة من (ي).

(٤) ما بين القوسين ساقط من (ي).

(٥) في (د): والفعل.

والكلام والقدرة والإرادة والحياة والسمع والبصر، وما لحق⁽¹⁾ بها مما في معناها، وإن اختلف اللفظ كالأمانة والعهد، واختلف في القدم والبقاء هل هما وجوديان أم لا؟ وفي الوجه والعينين واليدين هل ترجع الى السبعة على حسب ما تقتضيه قاعدة التعبير في لغة العرب، أو هي صفات وجودية لا نعلمها، والأول: الصحيح، وما هوسلبي: قسمان: سلب نقص، كسلب الجوهر والعرض عن ذاته وصفاته تعالى، وسلب المشارك في الكمال، وهو الوجدانية، والظاهر: انها كالوجودي، ولم أر فيها نقلا بخصوصها مفصلة، والثالث الذي اختلف فيه هل هو قديم أو محدث؟ كالغضب والسخط والرضا والرحمة فان حقائقها اللغوية مستحيلة عليه تعالى لكونها تغيرات في الأمزجة، وهو تعالى منزّه عن المزاج وتغيراته⁽²⁾، فحملها الشيخ ابو الحسن الأشعري على ارادة آثار هذه الأمور لكون المتصف بها من المحدثين، يريد: هذه الآثار عند قيام هذه المعاني به، فتكون هذه الأمور قديمة في حقه تعالى، وحملها القاضي أبو بكر على آثارها لكونها ملازمة لها غالبا، فعبّر عنها، فالمراد بالرحمة: الإحسان، والغضب: العقوبة، فعلى هذا تكون محدثة، فلا توجب كفارة، قال ابن يونس: الخالف برضا الله ورحمته وسخطه عليه كفارة واحدة، وهذا يدل على ان الفتيا على مذهب الشيخ دون القاضي، وبسط هذا كله في أصول الدين، وانما الفقيه يحتاج ها هنا الى ما يوجب الكفارة وما لا يوجب، وقد تلخص ذلك مستوعبا بفضل الله تعالى.

(تنبيه): الألف واللام في اللغة⁽³⁾ تكون للعهد، فالقائل: العلم والقدرة تنصرف الى ما عهد الخلف به وهو القديم، وأن اللفظ بعمومه يتناول المحدث والقديم، وأما الإضافة: فلم توضع للعهد، وعلى هذا قال: وعلم الله وقدرته وعزته اندرج فيه القديم والمحدث، لأن اسم الجنس اذا أضيف عم، والإضافة تكفي فيها ادنى نسبة، كقول احد حاملي الخشبة مثل طرفك، والمحدثات تضاف الى الله

(1) في (ي): وما يحويها.

(2) في (ي): وتغيراتها.

(3) في (ي): لغة العرب.

تعالى، لأنه خلقها، ولذلك قال كعب الأخبار في قوله تعالى: ﴿فَنَفَخْنَا فِيهِ مِنْ رُوحِنَا﴾ (التحریم: 12) قال: نفخ فيه روحاً من أرواحه، إشارة الى ارواح الخلائق كلها، وإن روح عيسى عليه السلام من جملتها، قال صاحب (تهذيب الطالب): الخالف بعزة الله وعظمته وجلال الله يكفر كفارة واحدة، وهو متجه في ايجاب الكفارة، لا في الجواز: أما الكفارة: فلأن الصيغة للعموم فيندرج فيها القديم والمحدث، وإذا اجتمع الموجب وغير الموجب وجب الحكم، وأما الجواز: فلإندرج ما لا يباح مع ما يباح إلا ان يقال: غلب استعمال هذا اللفظ بخصوصه في القديم حتى صار منقولاً له، وما هو ايضاً متجه، وقال أشهب: ان اراد بعزة الله وأمانته القديمة: وجبت الكفارة، أو المحدث: لم تجب، وقد قال تعالى: ﴿سُبْحَانَ رَبِّكَ رَبِّ الْعِزَّةِ عَمَّا يَصِفُونَ﴾ (الصفات: 180) ﴿وإن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ (النساء: 85) والقديم لا يكون مربوباً ولا مأموراً به، وهذه المدارك قال الشافعية والحنابلة: اسماء الله تعالى قسمان: منها ما هو مختص به فهي صريحة في الحلف كقولنا: والله والرحيم⁽¹⁾، ومنها ما لا يختص به كالحكيم، والرشد، والعزیز، والقادر، والمريد، والعالم، فهي كنايةات لا تكون يمينا الا بالنية، لأجل التردد بين الموجب وغير الموجب، كما انعقد الإجماع في الطلاق والظهار وغيرهما من أبواب الفقه، وجوابهم: أن ذكر هذه الأسماء في سياق الحلف اشتهر⁽²⁾ عادة يختص بالله تعالى، فأذهب الإحتيال اللغوي النقل العرفي، وأما في غير سياق الحلف: فاللفظ متردد بين القديم والمحدث، وهذا الجواب يستقيم في الأسماء التي جرت العادة بالحلف بها، أما الحكيم، والرشد، ونحوهما: فلعل كثيراً من الناس لا يعلمها⁽³⁾ اسماء الله، ولم يشتهر الحلف بها، وأصحابنا عَمِمُوا الحكم في الجميع ولم يفصلوا، وهو مشكل، ووافقنا جمهور الحنفية، لكنهم خالفونا في الصفات فقالوا: إن تعارف الناس بالحلف بها كانت يمينا والا فلا، سواء كانت صفات الذات أو صفات الفعل، فاشتروا الشهرة دوننا، وسووا بين الفعل وغيره.

(1) في (ي): والرحمن.

(2) في (ي): لظاهر.

(3) في (ي): لا يعلمها في اسماء.

فرع: في (الكتاب): القائل: إن فعلت كذا فهو يهودي (أو نصراني)⁽¹⁾ أو بريء من الله، ونحو ذلك، ليس يمين، وليستغفر الله تعالى، لأنه التزم انتهاك حرمة الله تعالى على تقدير ممكن، واللائق بالعبد: الإمتناع من ذلك مطلقاً، ووافقنا ابن حنبل في الإثم، وأوجب عليه الكفارة، لما يروى⁽²⁾ عنه عليه السلام انه (سئل) عن رجل⁽³⁾ يقول: هو يهودي أو نصراني أو مجوسي، أو بريء من الله، أو من الإسلام في اليمين يحلف بها فيحنت؟ قال: عليه كفارة يمين) وقال الحنفية: ليس بإثم وتجب عليه الكفارة، لأنه معظم لله تعالى، لأن المفهوم من ذكر هذه الأمور في هذا السياق شدة قبحها عند الخالف، ولذلك جعل ملاستها مانعة له من الفعل، لأن الموقوف على الممتنع ممتنع، وإذا كان معظماً لله تعالى وجبت الكفارة لتعظيمه بذكر اسمائه، وجوابهم: أن العبد لو قال لسيده: إن لم اسرج الدابة فانا أضفحك. أو أفسق بامرأتك: لَأَسْتَحَقَّ الأدب في العرف لذكر هذه القبائح لسيده، بل ينبغي أن يقول: لو عرضت علي هذه الأمور لا أفعلها ولو قطعت أو انطبقت السماء على الأرض، فاذا قبح ذلك في حق المخلوقين، فأولى في حق رب العالمين، سلمنا أنه تعظيم، لكن لا نسلم وجوب الكفارة، فإن التسييح والتهليل تعظيم اتفاقاً، ولا يوجب الكفارة.

فرع، في (الكتاب): إذا قال لرجل: اعزم عليك بالله إلا ما فعلت، وأسألك بالله لتفعلن، فامتنع فلا شيء عليهما، وقاله الشافعي، وقال ابن يونس: إذا أقسم عليه ليفعلن، فيحنت إذا لم يجه.

الفصل الثاني: فيما ينعقد، والأيمان ثلاثة: لغو وغموس ومنعقدة، وفي (الاستذكار): في اللغو خمسة مذاهب: أن يحلف على شيء يعتقد ثم يتيين له خلافه، وهو مذهب (الكتاب)، والله، وَيَلِيَّ الله مما يغلب على الألسنة من غير

(1) زيادة من (د).

(2) لم أجده بهذا اللفظ، والمعروف: نيهي ﷺ لمن يحلف بجملة غير الإسلام وانه كما قال ان لم يكن الأمر على ما حلف عليه، وهو في الصحيح والسنن، وانظر احاديث الوعيد بذلك في (الترغيب والترهيب) للمنذري في كتاب الأدب، الترهيب من الحلف بغير الله.

(3) في (ي): الرجل.

قصد الى اليمين، وبه قال (ش) والقاضي اسماعيل (منا)⁽¹⁾، وقال ابن حنبل بالمذهبيين، وعين الغضب لابن عباس، وفي الدارقطني⁽²⁾: قال عليه السلام: (لا يَمِينُ فِي غَضَبٍ، وَلَا طَلَّاقٌ وَلَا عِتَاقٌ) وهو ضعيف، والحلف على المعصية فيتركها، لسعيد بن جبير، وتحريم المباح لابن عباس ايضا، والغموس: في (الكتاب): الحلف على تعمد الكذب، قال ابن ابي زيد في الرسالة، أو على الشك، وهي اعظم من ان تكفر، وقاله (ح) وابن حنبل، وقال (ش): تكفر بطريق الأولى، لأنها معصية، والتكفير شأن المعاصي، وجوابه: أن كفارة الأيمان ليست لزوال الإثم لقوله⁽³⁾ عليه السلام: (فَلْيَكْفُرْ وَلَيَأْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ) والمأمور به: لا يكون معصية، بل هي تشریف بالتكليف، والمعصية تُنافي شرف المخاطبة، وفتح باب القربة، ولقوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْإِيمَانَ﴾ (المائدة: 89) والغموس: لا تقبل الحل فلا تقبل العقد، كما لا يقال للحائض: أعمى، لأنه لا يقال: بصير، قال ابن يونس: وهي من الكبائر، لأنها في الحديث معدودة منها، والمنعقدة في (الكتاب): هي الحلف على ايجاد الفعل المستقبل أو عدمه بأسماء الله تعالى وصفاته العلى، فهذه هي التي توجب الكفارة.

(1) زيادة من (ي).

(2) لم اجده بهذا اللفظ، ونحوه في سنن أبي داود في الطلاق، باب الطلاق على غلط، ورواه احمد في (المسند 276/6) ولفظه: لا طلاق ولا عتاق في اغلاق، ورواه ابن ماجه ايضا في الطلاق. باب طلاق المكره والناسي، عن عائشة موقوفا. وحسنه بعضهم.

(3) تقدم تخريجه عن ابي هريرة، وهو جزء من حديث، وأوله: من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه.

البَابُ الثَّالِثُ

فيما يوجب تعدُّد الكفارة واتحادها

قال ابو الطاهر: اذا قصد الحالف بتكرار يمينه تعدُّد الكفارات تعددت، أو اتَّحَدَها اتحدت، وإن لم يقصد، والمعنى واحد، واللفظ واحد، أو متعدد، اتَّحَدَت كالحلف بأسماء الله تعالى، وإن تعدد المعنى تعددت، كالحلف بالصفات، وإن حلف على اشياء بالعطف وقصد اتَّحَدَ اليمين اتَّحَدَت، وهل يقع الحنث ببعضها - وهو المشهور - أو بالجميع؟ قولان، وإذا أتى بلفظ يدل على التكرار تكررت الكفارة نحو: كلما، أو متى، والا فلا تتكرر الا ان يظهر ذلك من قصد الحالف، كالحالف: لا يترك الوتر، أو لا يشرب الخمر بالمدينة النبوية، لأن المقصود اجتناب ذلك في سائر الأوقات لشرف الوتر والمدينة، بخلاف: لا كلمتُ زيدا، وقالت الحنفية: إذا كرر الأسماء أو الاسم الواحد بغير عطف فكفارة واحدة، لأن الثاني يجري مجرى الصفة للأول، وبالعطف كفارتان، لأن العطف يوجب التعدد، ولذلك يجوز للحاكم تأكيد اليمين بغير عطف، ولا يجوز بالعطف، لأن المستحق على الخصم يمين واحدة، وجوابهم، أن العلماء اختلفوا في قوله تعالى: ﴿وَاللَّيْلُ إِذَا يَغْشَى وَالنَّهَارُ إِذَا تَجَلَّى﴾ (الليل: 1) ونحوه هل الواو الثانية للعطف أو للقسم؟ والصحيح - عندهم - أنها حفظت بالعطف لا بالقسم، لأن القسم بالشيء تعظيم له، والانتقال عنه الى القسم بغيره إعراض عنه، والإعراض بآبَى التعظيم، وأما العطف عليه: فتقدير له يجعل غيره تابعا له في معناه، فيكون القسم واحدا وقعت فيه الشركة، فالتعدد متعلقه، لأنها أقسام متعددة، وإذا اتَّحَدَ القسم اتَّحَدَت

الكفارة، ووافقنا ابن حنبل، وفي (الكتاب): اذا قال: علي عشر كفارات⁽¹⁾ أو موثيق أو نذور: لزمه عدد ذلك كفارات، قال اللخمي: لأن النطق بالعدد يقتضي ارادته، بخلاف التكرير، فحمل على التأكيد، وإن قال: والعزير، وعزة الله فكفارتان، قال ابن يونس: قال محمد: اذا حلف بعدة أسماء أو كرر اسماً واحداً فكفارة واحدة، قال ابن حبيب: وكذلك تعدد الصفات، لأنها ليست غير الذات، وقيل: بتعدد⁽²⁾ الكفارة، لأن مفهوم القدرة غير مفهوم العلم، والأسماء يعبر بها عن مسمى واحد، وما امتنع اطلاق لفظ الغير إلا لأن الغير في اللغة هو الذي شأنه المفارقة بالزمان والمكان، فاطلاق لفظ الغير عليها يؤهم ذلك، واطلاق الموهم ممنوع، قال: وينبغي التفصيل فما يرجع لمعنى واحد، فكفارة واحدة، كالعزة والجلال، والعظمة، وكالميثاق، والعهد، والقرآن، والتوراة، والإنجيل، فانها ترجع الى صفة الكمال⁽³⁾ والا تعددت الكفارة، قال اللخمي: ولو قال: والله ثم والله ثم والله، فكفارة واحدة، وأرى أنها ثلاث، وقال ابن عبد الحكم بالتعدد في الواو مع واو القسم، وفي (الكتاب): اذا حلف: لا أجامعكن فجائعاً واحدة أو الجميع فكفارة واحدة، لأن الكفارة لمخالفة اليمين وهي واحدة، والقائل: والله لا دخلت هذا الدار، والله لا كَلَّمْتُ فلاناً، تعددت الكفارة لتعدد اليمين، ولو كرر اليمين على شيء واحد، في مجلس واحد، أو مجالس، فكفارة واحدة حتى ينوي التأسيس، ولو كرر لفظ النذر تعددت الكفارة نوى أم لا، قال ابن يونس: قال محمد: اذا قال: علي ثلاثة نذور، فثلاث كفارات، والفرق بين تكرار الطلاق يحمل على الإنشاء دون التأكيد، واليمين على التأكيد: ان الطلاق مختلف، فأولى بوجوب التحريم، والثانية تقرب من الثلاث، والثالثة تحريم إلا بعد زوج آخر، ومعنى الأيمان واحد وهو ايجاب الكفارة، وبين النذر واليمين: أن اصل وضع اليمين لتأكيد المخبر عنه، فلما كان اصلها للتأكيد حملت عليه عند عدم النية، وموضوع النذر: اللزوم فحمل على الإنشاء، ومن حلف فقيلاً له: يحثك فحلف لا يحث

(1) في (ي): كفالات.

(2) في (د): بتعدد.

(3) في (د): الكلام، ولعله الصواب.

فكفارتان، وإن حلف: لا باع من فلان، فقال له آخر: وأنا، فقال والله ولا أنت، فكفارتان إن باع منها أو من أحدهما (فردهما عليه فباعها من الثاني عند ابن القاسم، ولو حلف لا باعها من فلان ولا من فلان فباعها منها أو من أحدهما)⁽¹⁾ فكفارة واحدة، وفي (الكتاب): والحالف لا يكلم فلاناً ثم قال: علي حجة أو عمرة إن كلمته، فهما يمينان، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: وإن قال: والله لا اكلمه غداً، والله لا اكلمه بعد غد، والله لا اكلمه غداً، فكفارتان إن كلمه في اليومين، وإن قال: والله لا اكلمه غداً ولا اكلمه غداً، ولا بعد غد، فكلمه غداً، فكفارتان، لأنهما يمينان على متباينين، وقد تناوَلَا غداً، فإن كلمه بعد غد فلا شيء عليه، لأن اليمين انحلت⁽²⁾ بالغد، لأنه جزء ما حلف عليه في اليمين الثاني، وإن كلمه بعد غد فقط، فكفارة واحدة، ولا ينوي أنه أراد باليمين الثانية الأولى، كمن قال لامرأته: إن دخلتِ الدار فأنت طالق، إن كلمت زيدا فأنت طالق، لا ينوي أنه أراد بالثانية الأولى، ولو قال: والله لا كلمتك غداً أو بعد غد، ثم قال: والله لا كلمتك غداً، فكلمه غداً فكفارة واحدة، لأن اليمين الأولى اقتضت مطلق أحدهما، والثانية خصوص الثاني، وقيدت ذلك المطلق، والمطلق في ضمن المقيد فاجتمعا على شيء واحد، بخلاف لو حلف لا يكلمه غداً ثم حلف، أو بعد غد، لأن المطلق في اليمين الأولى ليس محلوفاً عليه، والثانية منشئة للحلف فيه فلم يترادفاً، وفي (الكتاب): لو حلف: لا يكلم زيدا عشرة أيام، فكلمه فيها مرارا فكفارة واحدة، وفي (البيان): إذا قلنا بالكفارة في الحلف بالقرآن فقال: والقرآن، والمصحف، والكتاب، فثلاث كفارات عند ابن القاسم، لاختلاف المسميات، وإن كان المعنى واحداً، وهو الكلام القديم.

(تمهيد): يقع التداخل في الشريعة في ستة مواضع: في الطهارات، كالوضوء إذا تعددت أسبابه، أو تكرر السبب الواحد، والغسل، إذا اختلفت أسبابه، أو تكرر السبب الواحد، والوضوء مع الجنابة، وفي تداخل طهارة الحدث

(1) ما بين القوسين ساقط من (ي).

(2) في (ي): انحلت، وهو تصحيف.

والخُبث خلاف، وفي العبادات: كسجود السهو اذا تعددت أسبابه، وتحية المسجد مع الفرض، والعمرة مع الحج، وفي الكفارات في الإيمان، وكما لو افطر في اليوم الواحد من رمضان مرارا بخلاف اليومين أو أكثر، خلافا لـ(رح) في إيجابه كفارة واحدة في جملة رمضان، واختلف قوله في الرمضانين، وفي الحدود اذا تماثلت، وهي أولى بالتداخل لكونها مهلكة، وفي العدد، على تفصيل يأتي ان شاء الله تعالى، وفي الأموال، كدية الأطراف مع النفس، والصدقات في وطء الشبهات اذا تكرر الوطء في الشبهة الواحدة، ويدخل المتقدم في المتأخر كالأطراف مع النفس، والمتأخر في المتقدم كوطء الشبهة، والكثير في القليل كالأطراف مع النفس، والقليل في الكثير كالأصبع مع النفس، والوضوء مع الغسل، والعمرة مع الحج.

البَابُ الرَّابِعُ

في الاستثناء

وهو مأخوذ من الشئ، لأن المتكلم رجع الى كلامه بعد مفارقه فأخرج بعضه، كما يرجع نصف الثوب على نصفه، وهو حقيقة في الإخراج بإلّا وأخواتها، ثم يطلق على قولنا: ان شاء الله تعالى مجازاً لأنه شرط مشروط، والشرط ليس باستثناء، والعلاقة بينها: أن الشرط مخرج من المشروط احوال عدم الشرط، فالشرط مخرج لبعض الأحوال، والاستثناء لبعض الأشخاص، ويدل على تسمية هذا الشرط استثناء، قوله⁽¹⁾ عليه السلام (مَنْ حَلَفَ وَاسْتثنَى عَادَ كَمَنْ لَمْ يَحْلِفْ) ومراده ذلك، فإن⁽²⁾ الاستثناء بإلّا لا يبطل حكم اليمين اجماعاً. وها هنا بحثان:

البحث الأول: في الاستثناء الحقيقي، وهو الاستثناء بإلّا، وغير، وسوى، وحاشا، وخلا، وليس، ولا يكون، ونحوها، ولا بد من اتصاله بالكلام والنطق به على الفور عادةً، احترازاً من العطاس او السعال قبله بعد الكلام، وفي (المقدمات): لا يقع الإستثناء بإلّا من الأعداد وان اتصل، ما لم يبين كلامه عليه، نحو: والله لأعطيك ثلاثة دراهم إلا درهما، وكذلك: انت طالق ثلاثا الا واحدة، بخلاف العموم، وبخلاف الاستثناء بمشيئة الله تعالى، فإنه يكفي فيها الإتصال وان لم يبين الكلام عليه، ولا يدخل الاستثناء ايضا فيما نص عليه بالعطف، نحو:

(1) النسائي في الإيمان، باب من حلف فاستثنى، وابن ماجه في الإيمان عن ابن عمر، وهو صحيح، ولفظه: من حلف فاستثنى فان شاء مضى وان شاء ترك غير حث، وله الفاظ اخرى، ولم أقف عليه بلفظ المؤلف.

(2) في (ي): لأن.

والله لأعطين زيدا أو عمرا أو خالدا، الا زيدا، فان فيه ابطال حكم زيد، وهو منصوص عليه، وبخلاف ما اندرج مع المخصوص ضمنا، وقال القاضي: يجوز - عندنا - استثناء شطر الشيء وأكثره، والاستثناء - عندنا - من النفي إثبات، ومن الإثبات نفي، خلافا لرح⁽¹⁾.

البحث الثاني: في الاستثناء المجازي، وفي (الكتاب): من حلف باسماء ا، تعالى أو بصفاته العلى، أو نذر نذرا لا مخرج له، وقال: ان شاء الله: فإن اراد الاستثناء انحلت يمينه، أو التبرك⁽²⁾ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لشيءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ﴾ (الكهف: 23) فيمينه منعقدة، ويكفي حدوث القصد اليه بعد اللفظ اذا وصله باليمين، والا فلا، ولا تكفي فيه النية، بل لا بد من التلفظ، وفي ابي داود: قال⁽³⁾ عليه السلام: (مَنْ حَلَفَ فَقَالَ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ لَمْ يَحْثْ) وفي (الجلاب): إن قطعه بسعال أو عطاس أو تثاؤب لم يضره، ووافقنا الأئمة على وجوب الإتصال، وعن ابن حنبل ايضا: يجوز الإنفصال ما لم يطل، وقال بعض أصحابه: ما دام في المجلس، لما في ابي داود⁽⁴⁾: قال عليه السلام: (والله لأغزون قريشاً، ثم سكت، ثم قال: ان شاء الله) وجوابه: انه أدب لأجل اليمين، لقوله تعالى: ﴿وَادْكُرْ رَبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾ (الكهف: 24).

قواعد: كل متكلم له عرف يحمل لفظه على عرفه في الشرعيات والمعاملات، والإقرارات وسائر التصرفات، والشرع له في الحلف نوع شرع⁽⁵⁾ له، واختص به فهو عرفه، وهو الحلف بالله تعالى وصفاته العلى، فيختص قوله⁽⁶⁾ عليه السلام: (مَنْ حَلَفَ وَاسْتَنَى) به، ولا يتعدى الى الطلاق والعتاق والنذور، خلافا

(1) لرح) ليست في (د).

(2) في (ي): والتبرك

(3) الترمذي في الأيمان وقد تقدم تخريجه آنفا.

(4) في الأيمان، باب الإستثناء في اليمين عن عكرمة مرسلا، قال ابو داود: وقد أسنده غير واحد عن عكرمة عن ابن عباس موصولا، لكن قال ابن ابي حاتم في (العلل): الأشبه ارساله.

(5) في (ي): شرعه.

(6) تقدم تخريجه.

ل(ش). فالإستثناء جعله الشرع سبباً حالاً لليمين، والأصل: عدم نصبه سبباً للحل غيره وسلامة غيره عن الحل والنقض، والنذر الذي لا يخرج له كفارته كفارة يمين، فلذلك سُويَّ باليمين، ولم تكف النية، لأن المنصوب سبباً للحل انما هو هذا اللفظ، ولم يوجد، والقصد الى الأسباب الشرعية لا يقوم مقامها، والنية انما نصبت سبباً في التخصيص والتقييد فيما لم يبق الكلام عليه، فلا جَرَم يستقل بهما، قال اللخمي: الإستثناء يصح بمشيئة الله تعالى، او آدمي حي أو ميت، والمجمع⁽¹⁾ عليه: ما فيه النطق والنسَق والنية قبل اليمين، أو في موضع لو سكت لم تنعقد اليمين، وعلى القول بانعقاد اليمين بمجرد النية يصح الإستثناء بالنية، وقال محمد: كلُّ ما فيه: ان شاء الله تعالى، أو: إلا أن يشاء الله، والا نحو: لقيت القوم وينوي في نفسه: الا فلانا، فهذه الثلاثة لا يجزىء فيها الا تحريك اللسان، وقيل: يكفي قي (إلا) النية، بخلاف الآخرين، ولم تختلف ان المحاشاة تكفي فيها النية، وهي الإخراج قيل اليمين، وقال محمد: لا بد من نية الإستثناء قبل حرف من اليمين، لأنه لو سكت حينئذ لم تنعقد، اما بعد الإتمام لا يمكن رفع المنعقد والبحث معه، هل الإستثناء راجع للسبب المنعقد؟ وهو المذهب، وإنما نصبه الشرع مانعاً من الإنعقاد، وظاهر كلام الشرع في قوله: (مَنْ حلف) كمالُ الحلف، فظاهر الحديث مع ظاهر المذهب، قال ابن يونس: قوله إلا ان يقضي الله، أو يريد الله، كقوله: يشاء الله، وفي (البيان): قال ابن القاسم: اذا قال: الا أن يقضي الله تعالى غير ذلك ليس استثناء، لأن هذا معلوم من اليمين قبل، قوله: خرج لفظ المشيئة، فالدليل⁽²⁾ نفى بقية الفاظ القضاء والقدر على الأصل، وقال عيسى: هو ثنيا للمساواة في المعنى، وكذلك: إلا أن يرني الله غير ذلك، وفرق اصبح بينهما، فمنع الأخير، وهذا يجب ان يرجع الى الخلاف في الأسباب الشرعية: هل القياس عليهما اذا عقل معناها أم لا؟ كما قيل في قياس النيش على السرقة، واللواط على الزنا، وفي (الجواهر): اختلف الأصحاب: هل الإستثناء حل لليمين؟ وهو قول القاضي

(1) في (ي): والمجموع، وهو تصحيف.

(2) في (ي): بالدليل بقية.

وفقهاء الأمصار، أو بدل من الكفارة، وهو قول ابن القاسم ويعضد الأول ظاهر الحديث وأن انتفاء الحكم الذي هو الكفارة لإنتفاء سببه أولى من انتفائه لقيام مانعه، ويعضد الثاني: أن الأصل عدم⁽¹⁾ إيجاب اليمين للكفارة، وحيث اشترطنا النطق فيكفي فيه تحريك شفثيه من غير جهر إلا المستحلف لا بد من جهره، ولا بد من الإستثناء من قصد حال اليمين أو التفويض الى مشيئة الله تعالى.

(1) (عدم) ساقطة من (ي)، ولا بد منها.

الباب الخامس

في مدارك البر والحنث

وهي اربعة عشر مدركا: المدرك الأول: النية، واعلم ان الحنث في اللغة لفظ مشترك بين الإثم، ومنه: بلغ الصبي الحنث أي زمانا يكتب عليه الإثم، وبين المخالفة لليمين، قاله الجوهري، والبُر في اللغة ضد العقوق، ومنه: برّ الوالدين، أي موافقتها، فالموافق لمقتضى اليمين بار، والمخالف حانث، سواء كان آثماً أم لا، قال الجوهري، وللبر لفظان: لا فعلت، وإن فعلت، ويجمعهما: التزم عدم الفعل، وللحنث لفظان: إن لم افعل، ولأفعلن، ويجمعهما: التزم وجود الفعل، فهو الآن على خلاف مقتضى اليمين، بخلاف الأول، فلذلك قيل له: هو على حنث، إلا ان يضرب اجلا فهو على بر، لأنه انما التزم ان لا يُحِلّي ذلك الزمان من الفعل، ولم يتعين خلوه الا بمضي الزمان، وفي (الجواهر): النية تقيّد المطلقات، وتخصص العمومات، اذا صلح لها اللفظ كانت مطابقة له أو زائدة فيه أو ناقصة منه، قال اللخمي: هي ثلاثة اقسام: ان كانت في الطلاق او العتاق وأحلفه الطالب لم يصدق في بينة وقضي بالظاهر، فإن لم تكن عليه بينة او يمينه مما لا يقضى بها: فهل هي على نية الطالب أو الخالف؟ قولان. وإن تطوع باليمين وكان له التخلص بغيرها فله نيته، وقيل: على نية الطالب، وإن دفع بها ظلما فله نيته، وإن حلف بالحرام على قضاء حق: قال مالك: لا تنفعه محاشاة زوجته، قال ابن القاسم: وسواء استحلّفه الطالب وضيق عليه حتى بدر باليمين، وإن حلف بها ابتداء من غير طلب ولا إلقاء فله نيته، وروي عن مالك: تنفعه المحاشاة في الحرام، وإن كان مستحلّفا للخلاف في الحرام بخلاف غيره، قال ابو الطاهر: اذا

لم تحضره بيته، ففي ظاهر المذهب قولان، والصحيح: قبولها اذا ظهر لها محمل، وان احتملها اللفظ على قرب قبلت ان لم تقم بيته قولاً واحداً، والا قضى بمقتضى اللفظ حيث وجد.

قال صاحب (الاكمال): لا خلاف ان المستحلف في حق يقضى عليه بظاهر يمينه، فأما بيته وبين الله تعالى: ففي حثه اقوال، قال مالك وابن القاسم: الحلف على نية المستحلف، وقيل: على نية المحلوف له مطلقاً استحلف أم لا، وقيل: على نية الحالف، وقيل: عكس قول مالك، للمستحلف نيته، والمتطوع على نية المحلوف له، وقيل: ينفعه فيما لا يقضى عليه، ويفترق المتطوع وغيره فيما يقضى به، وهو مروي عن ابن القاسم ايضاً.

قاعدة: يجوز - عندنا - التقييد والتخصيص في مدلول اللفظ المطابقي والتضميني والإلتزامي، وقاله (ش)، وقال (ح): لا يجوز في الإلتزامي، ويخرج على الخلاف في الحالف: لا آكل، فيجوز له عندنا تخصيصه أو تقييده إن قيل بعدم العموم ببعض المأكولات فلا بحث بما سواه، وعنده: لا يجوز، لأن الفعل إنما يدل على المأكولات التزاماً فيحث عنده بجملة المأكولات ولا تنفعه النية. لنا مدركان: أحدهما: قوله تعالى: ﴿لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ﴾ (يوسف: 66) فأخرج حالة الإحاطة من الحالات التي لم يدل عليها اللفظ الا التزاماً، فكذلك يصح الإخراج بالنية لبعض المقاعيل والأزمنة والبقاع بجامع احتياج المكلف الى تمييز موضع المصلحة، وكلاهما إخراج الثاني، ووافقنا على ما إذا قال: لا آكل اكلاً، ان النية تنفعه، والأكل إنما يدل على المأكولات التزاماً، وهو بعينه المراد بالفعل.

تنبيه: يسأل الحالف باللفظ العام، فإن قال: أردت بعض انواعه لا يلتفت لنيته، ويُعتبر عموم لفظه، لأن هذه النية مؤكدة للفظ في ذلك النوع، غير صارفة له عن بقية الأنواع، ومن شرط النية المخصصة ان تكون (صارفة)، فان قال: أردت اخراج ما عدا هذا النوع، حملت يمينه على ما بقي بعد الإخراج، ومن شرط النية المخصصة ان تكون⁽¹⁾ منافية لمقتضى اللفظ بخلاف المقيدة، وقاله الأئمة، وهذا مقام لا يحققه أكثر مفتي العصر.

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

المدرک الثاني: السبب المتیر للیمین، ویسمى البساط، وفي (الجواهر): هو عندنا معتبر في تخصیص اللفظ لبعض معانیه، وتعمیمه فیما هو أعم من مسمى اللفظ، نحو قول الخالف: لا شربت لك ماء من عطش، عقیب كلام یقتضی المنة، فإننا نحمله على عموم ما فيه منة لأجل السبب المؤثر للیمین، وقاله ابن حنبل خلافاً لـ(ش وح). لنا: ان اللفظ بعد انضمامه للسبب یصیر ظاهراً فیما ذكرناه فیحمل علیه، كالعرف مع اللفظ بجامع موجب الظهور⁽¹⁾ ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تُظَلَّمُونَ فِتْيَانًا﴾ (النساء: 77) ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ، وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾ (الزلزلة: 7) والمراد: العموم، فالتنبیه ببعض انواع الشيء أو افراده علیه كلام عُرِفَ معلوم، وقرينة تقدیم السبب تصیره نصاً أو ظاهراً في ذلك المعنى یستغنی بظهوره عن النية كسائر الظواهر، وتمسك بعض الأصحاب بتخریجه على خلاف العلماء في ورود الخطاب عقیب السبب، هل یحمل علیه أم لا؟ وهو غیر مستقیم، لأن الخلاف ثمة إنما هو: هل یختص بالسبب أو ینظر الى عموم اللفظ؟ اما تعمیم الحكم فیما هو أعم من اللفظ فلم یقل به احد ثمة، فلا یستقیم التخریج.

تفریع، في (الكتاب)⁽²⁾: لو من علیه بهبة⁽³⁾ فحلف لا یأكل من لبنها ولا لحمها، حنث بما اشترى من ثمنها اكلاً أو لباساً، بخلاف غیر ثمنها، الا ان یكون نوى أن لا ینتفع منها بشيء.

المدرک الثالث: العرف، وهو قسمان: فعلي⁽⁴⁾ وقولي، والقولي قسمان، في المفردات والمركبات، وعرف المفردات قسمان: في بعض افراد الحقيقة اللغوية، واجنبی منها، فالفعلي هو: غلبة ملابسة بعض أنواع مسمى اللفظ، وهو غیر مقدم على اللغة ولا معارض للوضع، كما لو حلف الملك: لا یأكل خبزاً. وعادته: أكل الحواری ولا نية له، فإنه یحنث بالجریش، لأن اللفظ لم یختص بالحواری، والأصل:

(1) في (د): الظهار.

(2) في (ي): الباب.

(3) في (ي): بلبن شاة.

(4) في (ي): فعلي وحکمی وقولي.

اعتبار اللغة، والقولي في بعض افراد الحقيقة كلفظ الدابة غلب استعماله في الحمار حتى صار لا يفهم من اللفظ غيره، وكذلك الصلاة وسائر العبادات. واصطلاحات ارباب العلوم والصناعات، والأجنبي من الحقيقة نحو: لفظ الغائط، فانه المكان المطمئن، وغلب استعماله في الفضلة الخارجة من الإنسان، وهي ليست بعض المواضع المطمئنة، وعرف المركبات: كغلبة استعمال مركب مخصوص، ومعنى مخصوص: في سياق⁽¹⁾ مخصوص، حتى يصير اشهر فيه مما لا تقتضيه لغة كقول القائل لغريمه: لأقضيئك في رأس الشهر في قصد عدم التأخير عن هذه الغاية دون التأخير الى رأس الشهر، وقول القائل لامرأته: والله⁽²⁾ لا كسوتك، في إرادة التضييق دون خصوص الكسوة، حتى يحث بدفع الدراهم اليها، وهذا القسم من العرف غير بساط اليمين، فان البساط⁽³⁾ حالة تتقدم الحلف تختلف في صورته، وهذا العرف يعلمه⁽⁴⁾ من نفس اللفظ المركب مع الجهل بالحالة كيف كانت، فالعرف القولي كله مقدم على اللغة، لأنه عليه استعمال اللفظ في غير المسمى⁽⁵⁾ اللغوي، فهو ناسخ للغة، والناسخ مقدم على المنسوخ، بخلاف الفعلي ليس معارضا للفظ النية، ففرق بين غلبة استعمال اللفظ في غير مسماه، وبين غلبة ملابسة بعض انواع مسماه فتَقَطَّنْ لهذه المدارك، فهي حسنة.

تفريع: في (الكتاب): الخالف: ليقضينه حقه غداً، فقضاه اليوم، برّ خلافاً لـ(ش)، قال ابن يونس: قال مالك: لو سأله قرض خمسة عشر، فحلف ليس معه الا عشرة، فوجدها تسعة، لا يحث، لأن المقصود في العادة: ليس معنا⁽⁶⁾ الا عشرة فما دون، ولو وجدها احد عشر حث: قال ابن القاسم: الخالف لا يبيع بمائة دينار يزاد للمائة دينار وللخمسين نصف دينار، إلا أن تكون له نية، وقال ابن عبد الحكم: يبر بأقل من ربع دينار، وفي (الكتاب): الخالف: لا يكسو زيدا او

(1) في (ي): سابق.

(2) في (ي): لامرأته وامه: لا كسوتك، وفيه تصحيف.

(3) في (ي): فإن بساط اليمين.

(4) في (ي): يفهم.

(5) في (ي): مسمى، وفي (د): المشي، وهو تحريف.

(6) في (ي): معي.

امراته، فاعطاه أو اياها ما اشترى به ثوبا حنث. وإن افتك ثيابها من الرهن حنث، ثم عرضتها⁽¹⁾ عليه فقال: انحها، وأرى أن لا يحنث (ان واشرا⁽²⁾ ثوب او هبه ولا حنث).

نظائر : الممحوات في (الكتاب) أربعة : هذه ، وإذا ولدت الأضحية فحسن أن يذبح معها ولدها ، وإن أبى لم أر ذلك عليه ، ثم قال : انحها واترك : ان ذبح⁽³⁾ فحسن ، قال ابن القاسم : ولا أرى ذلك عليه واجبا ، ولا يجوز نكاح المريض والمریضة ويفسخ وإن دخلا ، وكان يقول : لا يثبت وإن صحا ، فمحاؤه وقال : يثبت ، وإذا سرق ولا يمين له ، أو له يمين شلاء ، قال : تقطع رجله اليسرى ، ثم قال : انحها ، بل يده اليسرى ، وبالأول. قال ابن القاسم : قال : والحالف : لا يهب لأجنبي أو امرأته دنائير ، فيكسوهما ، أو يعطي الرجل فرسا أو عرضا : يحنث ، لأن المقصود بهذا في العادة تجنب النفع ، فإن نوى الدنانير دون غيرها نوى في الزوجة دون الرجل ، لأن العادة كراهة دفع الذهب للنساء لسوء نظرهن ، قال ابن يونس : ينوى - عندي - في الرجل كالمرأة إذا علم من حاله سوء نظره في الذهب ، قال أبو محمد : انما يعني في الزوجة غير الثياب اللازمة ، اما اللازمة : فلا يحنث ، وفي (البيان) : الحالف ليؤفنه حقه بموضع كذا فلم يحده ، قال ابن القاسم : لا شيء عليه .

المدرک الرابع : مقتضى اللفظة لغة ، في (الجواهر) : المشهور : ترتيب هذه المدارك في الاعتبار على ما تقدم ، إن فقدت النية بالبساط ، فإن فقد فالعرف ، فإن فقد فاللغة ، وقاله (ش) و (ح)⁽⁴⁾ ، وقال أبو الطاهر : ان فقدت النية والبساط : فهل يُحمَل اللفظ على اللغة أو العرف أو مقتضاه شرعا إن وجد؟ ثلاثة أقوال ، قال أبو الوليد : هذا في المظنون ، أما المعلوم كقوله والله لأرينه النجوم بالنيار ، ونحوه ، فلا خلاف انه يحمل على ما علم من ذلك من المبالغة دون الحقيقة ، قال اللخمي : اذا

(1) في (ي) : عرضها .

(2) ما بين القوسين رسم كما هو في (د) ومكانه بياض في (ي) . ولعله : ان شرى ثوبا او وهبه ، والا حنث .

(3) في (ي) : ان ذبحها .

(4) بياض في (د) .

اجتمع البساط والعاذة واللغة: قيل: يحمل على اللغة دون البساط والعادة، وقيل: على البساط دون العادة، وقيل: عليها.

تفريع على هذا المدرك: في (الكتاب): الحالف: لا يلبس ثياب فلان، ولا يسكن داره، ولا يأكل طعامه، فاشترى ذلك منه، وفعل ما حلف عليه، لا يحنث الا ان يكره⁽¹⁾ تلك الأشياء لمعان فيها، وان انتقلت اليه باهبة دون⁽²⁾ الصدقة ففعل فيها ذلك حنث ان كان الحلف لدفع المنة، ولو اطعم المحلوف ولّد الحالف خبزاً فأكل منه الأب غير عالم حنث، وفي (النكت): قال بعض القرويين: إن كان الأب موسراً له رد ما وهب⁽³⁾ للصبي حنث، والا فلا، وهو معنى قول مالك: والعبد والولد سواء، الا ان يكون على العبد دين فليس له رد ما وهب له، قال التونسي: ولم يفرق مالك، ولعله أراد أن ذلك يسير، للأب رده، اما ماله بال لا يقدر على رده، فلا ينبغي الحنث، وان حلف لا يتتفع بشيء من مال فلان، فأطعم فلان ولد الحالف، فإن كان يسيراً لا يدفع عنه مؤنة ابنه لم يحنث، والا حنث، قال ابن يونس: قال سحنون: يحنث⁽⁴⁾ بالولد دون الأب ولم يفصل، قال مالك: والحالف بالطلاق: لا يأكل طعام فلان، فاشترى طعاماً فأكله، يحلف ما اراد الا طعاماً خالصاً، ولا شيء عليه، قال اصبغ: لا يحنث اذا أكل مثل طعامه فأقل، وفي (الكتاب): الحالف لزوجه: لا تخرج الا بإذنه فأذن لها في سفر او حيث لا تسمعه واشهد، فخرجت بعد اذنه، وقيل: علمها باذنه، فإنه حانث خلافاً لـ(ش) لأنها خرجت بداعيها⁽⁵⁾ لا باذنه، والحالف لا يأذن لها الا في عيادة مريض، فخرجت باذنه ثم مضت⁽⁶⁾ الى حاجة اخرى لم يحنث، لأن ذلك بغير اذنه الا ان يتركها بعد علمه، وقال (ش): اذا قال لها: ان خرجت بغير اذني فأنت طالق، فخرجت مرة

(1) في (ي): الا ان يكون.

(2) في (ي): او، وهو الصواب.

(3) في (د): اكل.

(4) في (ي): قال سحنون: الطعام ملك الولد دون الأب.

(5) في (ي): بداعيها لجيادته.

(6) في (ي): ذهبت.

بإذنه، انحلت اليمين، فان خرجت بعد ذلك بغير إذنه لم يحنث خلافاً⁽¹⁾ لـ (ش) و(لرح) لنا: أن اليمين لا تنحل إلا بالحنث، ولم يحنث.

قاعدة. الإستثناء من النفي إثبات، ومن الإثبات نفي لغة، ومقتضى ذلك أن الحالف حلف على أمرين: الإثبات والنفي، فيكون معنى قوله: لا آذن لك الا في عيادة مريض: والله لا تخرجين للمريض الا بإذني، والله لا آذن لك في غيرها، فإن خرجت للمريض بغير إذنه حنث، وكذلك اذا قال: والله لا لبست ثوباً الا الكتان، ينبغي ان يحنث اذا لم يلبس الكتان وقعد عريانا، وبه قال الشافعية خلافاً لنا، قال صاحب (القبس)⁽²⁾ في كتاب الصلاة منه: حلف شخص بالبيت المقدس: لا لعبت معك شطرنجا الا هذا الدست، فجاء رجل فخطب عليهم ذلك الدست. قال: اختلفت فتاوى الفقهاء فيه حيثئذ فأفتى بعض الشافعية بعدم حنثه، وأفتى غيرهم بحنثه، واجتمعت بعد⁽³⁾ ذلك بالطرطوشي فأفتى بعدم الحنث، حجتنا من وجوه: الأول: ان هذا استثناء اثبات من الحلف لا من المحلوف عليه، فيكون الكتان غير محلوف عليه، فلا يحنث، ويؤكد ان قبل النطق بالأل كان حكم اليمين مُتَقَرِّراً، فقد تقدم قبلها امران: حكم اليمين، وكونه محلوفاً عليه: فليس صرف الإستثناء الى عدم اللبس بأولى من صرفه الى الحلف، بل الحلف أولى، لأن الأصل براءة الذمة من الكفارة، الثاني: سلمنا انه استثناء من نفي - وهو عدم اللبس - فيكون مخبراً عن اللبس فيما بعد (الا)، لكن لا يلزم أن يكون محلوفاً عليه لأن الأصل عدم تعلق اليمين بأكثر من واحد، الثالث: قدمنا أنه يقتضي في اللغة ان ما بعد (الا) محلوف عليه، لكن اذا لم تكن (الا) بمعنى غير وسواء، فانها تستعمل بمعناها لقوله تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾ (الانبياء: 22) اي غير الله، وعلى هذا التقدير يكون المحلوف عليه هو اللبس الموصوف بكونه مغايراً للكتان، والكتان ليس داخلياً فيه. الرابع: سلمنا انها ليست للصفة، لكن العرف

(1) في (د): خلافاً لـ(ش)، لنا و(رح): ان اليمين تنحل الا بالحنث، وفيه تحريف.

(2) القبس في شرح (موطأ) مالك بن أنس لأبي بكر بن العربي المعافري المالكي، يوجد خطأ وقد حقق وأعد للطبع.

(3) في (ي): مع، وهو تحريف.

اقتضى أن ما بعدها ليس محلّوفا عليه، فإنه لا يفهم عرفاً الا ذلك، والعرف مقدم على اللغة.

تفريع: قال اللخمي: قال محمد: الحالف: لا خرجت بإذني، ثم قال: اخرجني حيث شئت، فخرجت لم يحنث، وان قال: لا خرجت لموضع الا بإذني، ثم قال: اخرجني حيث شئت فخرجت حنث، وقيل هو كالأول، وان اذن لها ولم تخرج حتى منعها حنث، قال مالك: وان خرجت ثم رجعت لحاجتها (ثم خرجت)⁽¹⁾ لم يحنث، وان رجعت رفضاً لخروجها حنث، وقال ابن القاسم: هو حانث، ولم يفرق، قال ابن حبيب: ان لم تبلغ الموضع الذي خرجت اليه، لم يحنث، والاحنث، وان حلف: لا خرجت الا بإذني فرآها تخرج ولم يمنعها حنث، وان حلف: لا أذنتُ لك فرآها ولم يمنعها فإن أراد منعها من الخروج حنث، وإن حلف: لا خرجت الا لعيادة مريض بإذنه، فخرجت لغير مريض أو لمريض بغير اذنه حنث، قال ابن القاسم: القائل: انت طالق ان خرجت الى اهلك فخرجت ولم تبلغ اهلها حتى ردها حنث، لأنها قد خرجت لهذا الغرض.

تفاريع اثنا عشر

الأول: في (الكتاب): الحالف: لا يلبس هذا الثوب فيقطعه قباء أو قميصاً أو غيره يحنث بلبسه، الا ان يكرهه لضيقه، وان اتزر به أو لف به رأسه أو جعله على منكبه حنث، ولو جعله في الليل على فرجه ولم يعلم لم يحنث، لأن هذا ليس لبساً، قال ابن يونس: من سما اشهب: إن حلف ان لا يضطجع⁽²⁾ على فراش ففتقه والتحف والتف به حنث الا ان يكرهه لحشوه⁽³⁾.

الثاني: في (الكتاب): الحالف: لا يركب دابة فلان فركب دابة عبده يحنث، اذ لو اشترى العبد من يعتق على سيده عتق، وقال أشهب: لا يحنث.

(1) زيادة من (د).

(2) في (ي): ان حلف: لا يتضع على برنس.

(3) في (ي): لخصره.

الثالث، في (الكتاب): ان الخالف لا ثوب له، وله ثوب مرهون فحنث كان فيه فضل أم لا، وان⁽¹⁾ حلف، ليعلمنه او ليخبرنه بكذا فعلماه جميعا لم يبر حتى يعلمه او يخبره، وان كتب اليه أو أرسل به اليه بر، ولو⁽²⁾ احلفه ليكتمن سره، ثم أسره المسر لآخر، ثم ذكره الآخر للخالف فقال له: ما حسبت انه أسره الى غيري حنث، والخالف: لا يتكفل بالمال يحنث بالكفالة بالنفس لأنها كفالة بالمال، إلا ان يشترط عدم المال لا يحنث، والخالف: لا يتكفل لفلان فتكفل لوكيله ولم يعلم انه وكيله، لم يحنث، والخالف: لِيَضْرِبَنَّ عَبْدَهُ مائة سوط فيجمعها ويضربه بها ضربة واحدة لم يبر، وقاله ابن حنبل خلافا لـ(ش) و(ح) لأنه ضرب بمائة سوط (ولم يضربه مائة سوط)⁽²⁾، وكذلك لو ضربه بسوط له رأسان خمسين، أو ضربه ضربا غير مؤلم، لأن العرف يفرق بين الضرب والمس بالإيلام.

الرابع: في (الكتاب): الخالف: ليقضينه حقه الى أجل، فقصاه فوجد فيه نقصاً بيناً أو دانتقاً، لا يجوز، أو استحق من يده فطالبه بعد الأجل حنث، والخالف: لا يفارقه الا بحقه فأحاله، ثم وجد فيه ما ذكرناه بعد المفارقة يحنث، ولو أعطاه عرضا يساويه بر، ثم استقله مالك، وبالأول قال ابن القاسم، والخالف: لا يفارقه الا بحقه ففر منه أو افلت حنث، الا ان يكون معنى قوله: لا أتركه إلا أن يفر أو أغلب عليه.

الخامس: في (الجواهر): الخالف: لا يفارق غريمة الا بحقه لا يبر بالكفيل والرهن والحوالة، والخالف: لا يفارقه الا بنفقة يبر بالثلاثة، والخالف: لا يفارقه وبينه وبينه معاملة يبر بالحوالة دون الكفيل والرهن.

السادس: قال ابن يونس: الخالف: ليبيعن عبده الى أجل فباعه قبل الأجل فرد بعيب ففي تحيئه اقوال: ثالثها: التفرقة بين علمه بالعيب فيحنث أو عدم علمه فلا يحنث، وقال عبد الملك: الخالف: لا ينفعه ما عاش، فمات فكفنه حنث، لأن الكفن من توابع الحياة، وكذلك لو حلف: لا يدخل عليه ما عاش

(1) في (د): ولو.

(2) زيادة من (ي) ولا بد منها.

خلافاً لسحنون، ولو حلف: لا ينفعه فنفع بنهي عن شتمه لا يحنث، لأنه دفع ضرر لا تحصيل نفع، بخلاف ما لو خلّصه من يد خصمه، قال محمد: ولو أوصى به بوصية ثم رجع عنها حنث.

السابع: في (الكتاب): الحالف لامرأته: لا قبلتك أو ضاجعتك، فقبلته من ورائه أو ضاجعته نائماً⁽¹⁾ لا يحنث الا ان يسترخي للقبلة، والحالف: لا قبلتي او ضاجعتي يحنث مطلقاً.

الثامن: في الحالف ليقضيه رأس الشهر، أو عند رأس الشهر، أو إذا استهل فله يوم وليلة اول الشهر، وان قال: الى رمضان أو الى استهلاله حنث بمجرد الاستهلال، ولم يبرهية⁽²⁾ الحق أو اسقاطه صدقة أو صلة، لأنه ليس نقصاً، وان مات رب الحق قبل الأجل دفعه لورثته، (أو وصية أو رق للسلطان قبل الأجل، والحالف: لا يهيه يحنث بالصدقة والعارية ونحوهما الا ان تكون له نية)⁽³⁾، قال ابن يونس: قال التونسي: حنثه بالاستهلال، ولم ير ذلك في المساكنة، وكان يجب أن يكون القضاء موسعاً ما دام يسمى هلالاً، وهو ليلتان، وقيل في قوله: لأقضيئك في آخر الشهر: أنه في عشرة أيام منه، والحالف: ليقضيه بكرة أو غدوة، ففيما بينه وبين نصف النهار، وقيل في بكرة: يعجل قبل ذلك، قال ابن القاسم: وإذا لم يقل: الى شعبان، بل ذكر اللام، أو عند، أو لدى، فله ليلة يهل⁽⁴⁾ الهلال أو يومه، وان قال: الى انسلاخه فبالغروب، أو عند انسلاخه، أو في انسلاخه، وإذا انسلخ فليلة ويوم، وفي انقضائه أو في آخره هو كانسلاخه، وروي عن مالك ان الإنسلاخ والإستهلال أو رؤيته، كل ذلك يوم وليلة، قال ابن القاسم: ولأقضيئك في رَمَضَانَ، لا يحنث الا بغروب الشمس من آخره، قال اشهب: فإن قال: نصفه فأربعة عشر يوماً لاحتمال نقصه، فإن قضى يوم خمسة عشر، حنث، وقيل: لا شيء عليه، لأنه النصف المعتاد، وقاله أشهب

(1) في (د): قائماً.

(2) في (ي): ولو تبرأ بهية.

(3) ما بين القوسين ساقط من (د).

(4) في (ي): مستهل.

ايضا، قال صاحب (البيان): قال ابن القاسم: الحالف ليقضينه في انسلاخ الهلال أو الى استهلال الهلال، أو الى رؤية الهلال، أو الى رمضان، أو في آخره، أو في انقضائه، أو الى دخول الهلال، أو عند آخر ألهلال، أو الى ذهاب الهلال، أو الى رأس الهلال، أو في رمضان وهو فيه، أو الى حلول رمضان، حنث في جميع ذلك إذا غربت الشمس، ولو قال: حين محله أو مجيئه أو لمجيئه، أو الى مجيئه فكذاك، ولو قال: حين ينقضي، أو حين يستهل، أو حين يذهب، أو اذا استهل، أو عند رؤية الهلال، أو اذا رىء الهلال، أو في رؤية الهلال، أو عند قضاء رمضان، أو اذا دخل رمضان، فله يوم وليلة، فهي نحو خمسين صيغة⁽¹⁾ تختلف بحسب اللغة يحنث⁽²⁾ فيها بغروب الشمس، سواء سمي معها آخر شعبان، أو أول رمضان، واذا لم يذكر (الى) فما اقتضى الفعل قبل تمام شعبان فكذاك، أو بعد تمامه: فله يوم وليلة من أول رمضان، ومنها ما هو بين، ومنها ما هو مشكل، نحو قولك: لحلول رمضان، فحنث بغروب الشمس بخلاف: لمجيئه ولرؤيته، له يوم وليلة، قال: وما بينهما فرق، ونحو قوله، عند آخر الهلال: يحنث بغروب الشمس، وعند انسلاخ الهلال: له يوم وليلة، وجعل ابن كنانة فيما جعل فيه ابن القاسم يوما وليلة من الغروب الى الضحى حتى تقوم الأسواق، ويشهد الناس على حقوقهم، قال ابن القاسم: الحالف ضحى: لا يكلمه يوما، يكف عن كلامه الى مثل ذلك الوقت، ولو قال: اياما: امسك ذلك العدد الى ذلك الحين، وقيل: يكفي بقية ذلك اليوم، والحالف بالنهار: لا يكلمه ليلا، أو بالليل: لا يكلمه نهرا، لم يكن عليه الإمساك بقية يومه أو ليلته، ولسحنون في الحالف: لا يكلمه ليلة: يكمل على بقية ليلته، واوله بهذه الليلة، ويلزمه ذلك في اليوم، وقال فيه: لا بد من النهار والليلة، جنوحاً الى القول بأن الليل من الطلوع الى الطلوع، ومن الغروب الى الغروب، وهو مخالف لقوله تعالى: ﴿سَخَّرَهَا عَلَيْهِمْ سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمَانِيَةَ أَيَّامٍ﴾ (الحاقة: 7) بل متى حلف: لا يكلمه ليلا اجتنب الليل أبداً، أو نهرا اجتنب النهار أبداً، الا ان

(1) في (ي): مسألة تحسب.

(2) في (ي): فالى يحنث.

ينوي التخصيص، وإذا حلف ليفعلن قبل البيات: قال ابن القاسم: هو الى ثلث الليل الأول، لأنه المقصود عادة، وقال اصبغ: الى غروب الشمس، نظرا الى اللغة، وان حلف نهارا فإلى هُدُوء الناس إن حَلَفَ عشاء قال: والصواب الى نصف الليل، لأن الرجل لا يكون باثنا في المكان الا اذا أقام اكثر من نصف الليل، ولذلك يسأل: اين تبيت؟ اذا لقي قبل نصف الليل، ويقال له بعد: أين بت؟

التاسع، في (البيان): المحالف: لا يشتري اكثر من عشرة فاشترى هو وشركاؤه ثلاثين، قال ابن القاسم: لا يحنث اذا قاسمهم فحصل له عشرة فاقبل، وإلا حنث، والمخالف: لا يأكل ديكاً لا يحنث بالدجاج، وبالعكس يحنث⁽¹⁾ لأن الديك أخص من الدجاج، أو لا يركب فرسا حنث بالبرذون بخلاف العكس، والمخالف: لا يأخذ منه درهما فأخذ ثوبا فيه دراهم⁽²⁾ لا يعلم بها حنث عند ابن القاسم لوجود الأخذ خلافا لأصبغ، ويأتي فيه قول ثالث من السرقة: إن كان شأنه وضع الدراهم فيه حنث وإلا فلا، والمخالف: لا يدخل بيتَ فلان أبدا فمات فلا يدخله حتى يدفن لبقاء صدق الإضافة، والمخالف: ليقضيه في الربيع أو في الصيف أو الخريف أو الشتاء: قال ابن القاسم: الربيع قبل نزول الشمس الحمل بنصف شهر، وتكمل له ثلاثة أشهر، ثم يتبدى الصيف، ثم بقية الفصول كذلك، وقال ابن حبيب: الربيع قبل نزول الشمس الحمل بشهر، ثم تترتب الفصول على ذلك، لكل فصل ثلاثة اشهر شمسية، قال: وهو اعدل من القول الأول، لأن الربيع يرجع الى اعتدال الهواء، وآخر كل فصل شبيه بما يليه في الحر والبرد، قال ابن القاسم: وان حلف الى الحصاد لا يحنث بآخره، لأن الغاية (تدخل في المغيا، والمخالف: لا يدخل حتى يأكل زَيْدًا، أو لا يبيع حتى يبيع فعلا ذلك معا، حنث، لأن الغاية)⁽³⁾ شأنها التأخير، قال ابو الطاهر: المخالف: ليفعلن في العيد أو الى العيد، قيل: تدخل ليلة العيد، لأن الليل سابق النهار، وقيل: له

(1) (حنث) سقطت من (د).

(2) في (ي): درهم لا يعلم به.

(3) ما بين القوسين ساقط من (ي).

صلاة العيد والإنصراف منه، وفي انتهاء العيد ثلاثة اقوال، بانقضاء يومه، بانقضاء ثلاثة ايام التفرقة بين الأضحى، فله ثلاثة أيام، وبين الفطر فينقضي بانقضاء يومه،

العاشر: قال صاحب (البيان): إذا حلف عبد ليقضين⁽¹⁾ غريمه إلى أجل فقضاه قبله من عين سيده أو سرقة من ماله، إن علم السيد قبل الأجل فأنكر لم يبر بهذا القضاء، وإلا برّ، وإن لم يعلم إلا بعد الأجل: فثلاثة اقوال: الحنث لابن القاسم، أجاز السيد أم لا، وهو ظاهر (الكتاب) فيما إذا استحق ما قضى، لأنه وإن أجاز فهو⁽²⁾ بعد الأجل، وعكسه لأشهب لحصول القضاء في الأجل، والتفرقة لابن كنانة بين إجازة السيد فيبراً، والأفلا، وهذا إنما هو إذا قامت بينة على عين النقد، أما إذا لم تقم بينة أو قامت وقلنا: النقدان لا يتعينان برّ العبد، ورجع السيد على عبده أو غريمه.

الحادي عشر: قال ابن يونس: قال ابن القاسم: الحالف: لأقضيّك غداً يوم الجمعة أو يوم الجمعة غداً أو ذلك ظنه وظهر يوم الخميس⁽³⁾، إن لم يقص فيه حنث، لأنه التزم المشار اليه، وإن قال: عند صلاة الظهر فإلى آخر القامة، فإن قال: قبل أن أصلي فإلى انصراف الناس من الجامع، وإن لم يصل هو، فإن لم يكن لهم مسجد جماعة، فإلى آخر الوقت، قال ابن حبيب: إذا وهب له لحق قبل الأجل، أو تصدق به عليه فقبله حنث، ولا ينفعه القضاء قبل الأجل، فإن لم يقبله وقضاه بر، ولا قيام له بالهبة أو الصدقة، إلا أن لا يظهر⁽⁴⁾ منه رد ولا قبول، وإن ورثه الحالف لا يحنث لأنه مكروه، واستحسن في (العتبة) أن يقضيه الإمام ثم يرده عليه، قال محمد: ولو حلف: ليقضيه حقه، أو ليرهنه فقضاه النصف ورهن النصف بر، (ولو حلف ليقضيه أو يرهنته داره فقضاه النصف ورهن نصف داره⁽⁵⁾) حنث، لأنه أولاً حلف على مسمى القضاء أو الرهن من غير تقييد، وقد

(1) في (د): ليضيفن، وهو تصحيف.

(2) في (د): فإنه.

(3) في (د): الجمعة.

(4) في (د): إلا أن يظهر.

(5) ما بين القوسين سقط من (ي).

فعل، وثانيا التزم الرهن في جملة الدار بدلا عن القضاء ولم يقض جملة الحق ولا فعل بدله، وإذا غاب الطالب واحتجب عنه السلطان، أو خشي من طلبه فوات الأجل، أو كان بقرية ليس فيها سلطان، دفعه الى عدول وأشهد على ذلك، قاله في (الكتاب): خلافا لسحنون، وقاله مالك ايضا إن لم يجد سلطاناً مأموناً ودفع الى ثقة من أهل الطالب أو وكيل ضيعته، أو الى أخيه، برّ، ولكنه يضمه الى وصوله الى ربه، وقيل: إن دفع لبعض الناس من غير عذر برّ، قال مالك: وإن دفعها الى الإمام يأكلها علماً بذلك ضمن، وإن لم يعلم فلا، ولا يحلف⁽¹⁾، قال ابن حبيب: فإن غاب الحالف وأراد بعض اهله تخليصه من الحنث بالدفع من ماله أو من مال نفسه، لم يبر إلا أن يوصي بذلك قبل الأجل، قال ابن القاسم: وكذلك وكيله على البيع والشراء، لا يبرأ بدفعه اليه إلا ان يأذن له، قال ابن حبيب: وإن⁽²⁾ جن الحالف قبل الأجل قضى عنه الإمام وبريء، لأنه وكيل المحجور عليهم، فإن لم يفعل حتى مضى الأجل لم يحنث، قياساً على عدم انعقاد يمينه. وحته أصبغ نظراً الى انعقاد السبب حالة التكليف وهو اليمين، قال ابن القاسم: فلو كان الحق عبداً فاستحق أو ظهر البيع حراماً، أورد بالعيب، لا يبر حتى يوفيه ثم يرده اليه، والحالف: لا يضع فينظر، حته مالك، لأن النظرة إسقاط في المعنى، وقيل: لا يحنث لاستيفاء جملة حقه، قال: وفي (الكتاب): لأقضي لك حقك يوم كذا إلا أن تشاء، فمات الطالب، صح تأخير الوارث الكبير، ووصي الصغير، إن كان لا دين عليه، لأنه حق ينتقل للوارث، وقال ابن القاسم: يجوز تأخير الغرماء ان أحاط الدين بماله، ولو مات الحالف قبل الأجل لم يحنث، وليس على الورثة يمين، ولا حنث، والحالف: لا يفعل كذا الا بإذن زيد فمات زيد لم يجزه اذن ورثته، لأنه ليس حقاً للميت حتى ينتقل الى الورثة⁽³⁾، ولو علق على إذن الأمير فمات الأمير أو عزل ناب إذن الذي يلي بعده، ولا يفعل الا بأذنه إن كان تحليف الوالي له نظراً وعدلاً.

(1) في (د): ويحلف.

(2) في (د): ولو جن الحالف... وقضى.

(3) في (ي): لورثته.

الثاني عشر : قال صاحب (البيان) : الحالف ليقضينه صدرا من حقه، قال مالك : الصدر: الثلثان، قال : ولو قيل : النصف لكان وجهها، وقال ابن نافع : الثلث . والحالف : لا يبيع عبدا رهنه فباعه عليه السلطان، يجري على الخلاف في حنث الحالف : لأفعل فعلا ففضى عليه السلطان به، وإذا قلنا بحنثه لم ترجع اليمين عليه الا على القول بان المالك الثاني عبد ثان .

المذكر الخامس : كون المحلوف عليه مخالفاً للشرع، وفي (الكتاب) : الحالف : لَيَقْتُلَنَّ فلانا فلا يفعل، ويكفر عن يمينه، أو يطلق، أو يعتق إن حلف بذلك⁽¹⁾، ورفع الى الحاكم، فإن أجتراً وفعل قبل النظر في أمره بر، لأن حنثه كان تقديرا شرعيا، والمحسوس المناقض للمقدر يطله لأنه اقوى منه، والا فالخائن محققا لا ينقلب باراً، فإن ضرب أجلاً فهو على بر وطلاق⁽²⁾ حتى يحل الأجل، قال ابن يونس : المشهور : أن الحاكم انما يطلق عليه او يعتق اذا كان الطلاق المحلوف به ثلاثاً، أو تتمتها⁽³⁾، والعق معين، اما الواحدة وغير المعين : فلا فائدة في تعجيل ذلك، لأنه لم يتعين الحنث، وروي عن مالك : التسوية في العتق .

المذكر السادس : العزم على عَدَم الفعل⁽⁴⁾، وهو على حنثه، وفي (الكتاب) : ان قال : انت طالق واحدة ان لم اتزوج عليك فعزم على عَدَم التزو⁽⁵⁾ طلقها وارتجع وبر، وقال (ش) : لا يحنث بالعزم، لأن حنثه مغيا بانقضاء العذر فلا يحنث قبل ذلك، وجوابه : أنه الآن في عهدة ما حلف عليه، فلا بد في بره من فعله أو العزم على الفعل، كما قلنا في العبادات الموسعة : لا بد من بدل وهو العزم، وكما أنه في باب العبادات اذا عزم على عدم الفعل في جملة الوقت تتحقق مخالفته للأمر، فكذلك تتحقق مخالفته ها هنا لليمين، ومخالفة اليمين هو⁽⁶⁾ الحنث فيحنث إلا ان

(1) في (ي) : بالكل ورجع الى الحاكم .

(2) في (ي) : مطلقا .

(3) في (ي) : او تميميا .

(4) في (د) : الحنث .

(5) في (ي) : التزويج .

(6) في (ي) : على .

يضرب أجلاً، فليس له تعجيل الحنث لأنه الآن ليس في عهدة اليمين حتى ينقضى الأجل، قال صاحب (البيان): المشهور في الحالف ليفعلن انه مغيباً للعمر، وروي عن مالك أنه على التعجيل، إلا أن ينوي التأخير، فإن أخر ولم ينو حنث، وهو قول ابن كنانة.

فرع، في (الكتاب): الحالف اذا كان على حنث حيلَ بينه وبين امرأته، لأن سبب تحريمها عليه - وهو الحنث - متحقق⁽¹⁾ في الحال، وانما الشرع جعل له رفع هذا السبب بالبر، ولم يرفعه، واذا لم يترتب على السبب زوال العصمة، فلا أقل من منع الوطء

المدرک السابع: تنزيل بعض المحلوف عليه منزلة كله في سياق البر دون الحنث، وله ثلاث صور، إحداها: أن يكون المسمي واحداً، ونحو: والله لا أكلت هذا الرغيف، ومع العطف نحو: لا كلمتُ زيدا ولا عمراً، أو التثنية والجمع، نحو: لا كلمتُ الرجلين أو الرجال، وخالفنا الأئمة في الجميع، لأنه حلف على اجتناب مدلول اللفظ، فاذا ترك بعضه فقد وافق مقتضاه، لأنه يكفي في نفي كل مركب نفي أحد أجزائه، واذا كان موافقاً كان باراً فلا يحنث وهو متجه للأصحاب⁽²⁾، مالك: الأول: طريقة الفرض والبناء، وهي⁽³⁾ أن تقول في صورة العطف: لو قال: لا كلمت زيدا ولا عمراً حنث بأحدهما اتفاقاً، واتفق ائمة اللغة على ان (لا) في العطف للأکید، والتأکید لا يزيد على حکم الأصل شيئاً، فكما يحنث مع (لا) يحنث مع عدمها، واذا ثبت الحكم في هذه الصورة عم جميع الصور، لأنه لا قائل بالفرق، ويرد عليه ان الخصم يمكنه فرض الكلام في الحقيقة الواحدة بالرغيف مثلاً، وبين حصول موافقة اليمين بتركه لجزئه كما تقدم، ثم نقول: لا قائل بالفرق فينعكس المسلك بعينه للخصم، الثاني: أن القاعدة الشرعية أن الانتقال من الحل الى الحرمة يكفي فيه أدنى سبب، ومن الحرمة الى الحل بالعكس، لأن العقد على الأجنبية مباح، فتذهب هذه الإباحة بعقد الأب عليها من غير وطء، والمبتوتة لا

(1) في (ي): محقق.

(2) في (د): ولنا: اصحاب مالك...

(3) والينا وهو، وهو تصحيف.

تذهب حرمتها الا بعقد المحلل ووطئه، وعقد الأول عليه، والمسلم محرم الدم، لا تذهب هذه الحرمة الا بالردة ونحوها، فاذا أبيح دمه يُحرم بالتوبة وهي أيسر من الردة والقتل والزنا والحراة، والأجنبية لا يزول تحريم وطئها الا بالعقد المتوقف عليها وعلى الولي والزوج، واباحتها بعد العقد يكفي فيه الطلاق الذي يستقل الزوج به، وذلك كثير في الشرع، وكذلك الخروج الى الحنث، يكفي فيه ادنى سبب، والخروج منه الى البر يشترط فيه سبب أقوى وهو فعل الجميع، ويرد عليه: أنكم إن ادعيتموها كليةً فمعناها لاندرج صورة النزاع فيها، ولأن الدعوى الكلية لا تثبت بالمثل⁽¹⁾ الجزئية، وإن ادعيتموها جزئية فتحتاجون الى دليل آخر يوجب كون صورة النزاع كذلك، فإن كان القياس فأين الجامع المناسب لخصوص الحكم، السالم عن الفارق⁽²⁾؟ أو غير القياس فبينوه، الثالث: اذا حلف ليفعلن فهو كالإبراء، أولاً يفعل فهو كالنهي، والنهي عن الشيء نهي عن اجزائه، فيكون فاعل الجزء مخالفاً، والمخالف حانث، ويرد عليه: ان هذه القضية بالعكس، بل الأمر بالشيء أمر باجزائه كما يجاب اربع ركعات، والنهي عن الشيء ليس نهياً عن اجزائه كالنهي عن خمس ركعات، فعم النهي عن الشيء نهي عن جزء، فإنه كالنهي عن مفهوم الخنزير، وهو نهي عن الخنزير الطويل والقصير وهذا وذلك، والأمر بالشيء ليس أمراً بجزئياته، كالأمر باعتاق رقبة، ليس أمراً باعتاق هذه وتلك فيثبت⁽³⁾ ما بين حكم الأجزاء والجزئيات فلا يغتر بذلك.

واعلم أنه لا فرق عندنا بين جزء المحلوف عليه وجزء الشرط في ان كل واحد منهما يقوم مقام كله، مع انه قد وقع⁽⁴⁾ في (الكتاب) مسألتان متناقضتان في كتاب (العق) احدهما: قوله لأمتي: لئن⁽⁵⁾ دخلت هاتين الدارين فأنت حرة، فدخلت إحداها عتقت، والأخرى قوله لأمتي أوزوجتيه: ان دخلتما فأنتا حرتان أو طالقتان

(1) كذا.

(2) في (ي): الفوارق.

(3) فيثبت ان ما بين، وهو غلط.

(4) في (ي): وضع.

(5) في (د): إن.

فدخلت احدهما لم تعتق واحدة منهما وفي الصورتين (وُجد جزء الشرط)⁽¹⁾ مع ان ابا الطاهر نقل في الأخيرة ثلاثة اقوال: يعتقان، لا يعتقان، تعتق الداخلة فقط، وفي (الجلاب): قول بعدم التحنيث تحرير⁽²⁾ المحلوف عليه كقول الأئمة، وانما الإشكال على ظاهر (المدونة).

قال صاحب (البيان): القائل: ان رزقت ثلاثة دنانير صمت ثلاثة أيام، فرزق اثنين فصام ثلاثة ايام، ثم رزق الثالث، قال ابن القاسم: يستأنف الصيام، لأن الشرط الآن تحقق، وقول القائل: إن قضى الله عني ثلاثة دنانير صمت ثلاثة أيام: فقضى الله عنه نصفها وصام ما ذكر، ثم قضى الباقي أجزاء ما تقدم، وكان يضعفه، قال: والقياس الأول، الا انه لاحظ خفة ثقل الدين وهو المقصود، وقيل: يصوم بقدر ما قضى عليه، فتحصل ثلاثة اقوال، وهذا ايضا على خلاف القاعدة،

قال ابو الطاهر: الخالف بطلاق امرأته ان وضعت ما في بطنها، فوضعت ولداً وبقي آخر يحنث على المشهور، وقيل: لا يحنث، وان علق الطلاق على الوطء حنث بمغيب الحشفة، وقيل: على الانزال، وإن ألحق باليمين غير المحلوف عليه قصداً للإلحاق لزم⁽³⁾ فيه اليمين والا فلا، وهذا يمشي على ان⁽⁴⁾ القاعدة بخلاف ما أشار اليه صاحب (البيان) إلا ان يكون ذلك لخصوص عدد الثلاث، والله تعالى اعلم، وفي (البيان): ان حلف: لا يشهد حياته⁽⁵⁾ ولا مماته فشهد جنازة ابنه⁽⁶⁾ حنث، قال: لأن الحنث يقع بأدنى الرجوع.

تفريع

قال اللخمي: قال محمد: إذا قال: لا اكلت هذا الرغيف كله، حنث ببعضه، ولا ينفعه قوله: كله، لأنه تأكيد، فلا يزيد على حكم الأصل، وخالف

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) كذا في (ي) وفي (د): بحر.

(3) في (د): يلزم.

(4) في (ي): على القاعدة.

(5) في (ي): يحياه.

(6) في (د): جنازة انه حنث.

ابن سحنون، وقال ابو الطاهر: بل التصريح بالكل يرفع الخلاف، كما ان التصريح بالبعض يرفع الخلاف.

وفي (الكتاب): الحالف: لا أجامعكن⁽¹⁾، حنث بوطيء واحدة؛ قال صاحب (البيان): الحالف: لا يتزوج يحنث بالعقد دون الدخول، وإذا حلف؛ لا يركب دابة فلان، إن استوى بجسده عليها يحنث اتفاقاً، وإن لم يقعد على السرج، وإن عمل رجله في الركاب واستقل وهو متعلق، ولم يضع رجله من الجهة الأخرى (لا يحنث اتفاقاً، وإن وضع رجله من الجهة الأخرى)⁽²⁾ ولم⁽³⁾ يستو بجسده فقولان: الحنث ونفيه⁽⁴⁾ كالقولين فيما إذا حلف: لا يدخل الدار فدخل برجله. (فرع)، قال: ولو⁽⁵⁾ قال: انت طالق إن اعطيتني الوديعة فأعطته عشرة، فادّعى ان الوديعة عشرون، طلقت في القضاء دون الفتياء، لأن غرضه الذي طلق لأجله لم يتم، كمن قال: انت طالق ان اعطيتني عشرة فأعطته خمسة.

المدرک الثامن : تعارض المقاصد والوضع اللغوي والشرعي ، وانها تغلب ، ففي (الكتاب) : من حلف : لا يفعل شيئاً أو زماناً أو دهرأ ، فذلك كله سنة ، وقال (ش) : يحمل على العرف ، فإن فقد فاللغة ، وقال (ح) وابن حنبل : الحين ستة أشهر ، لقوله تعالى : ﴿ تَوْتِي أَكْلَهَا كُلَّ حِينٍ ﴾ (ابراهيم : 45) أي في كل ستة أشهر ، وليس كما قالاه ، بل النخلة تحمل ويكمل حملها في سبعة⁽⁶⁾ أشهر ، وهو أحد الوجوه التي شبهت فيها بالإنسان في قوله⁽⁷⁾ عليه السلام : (احرموا عمتكم النخلة) وروى ابن وهب عن مالك : تردده في الدهر هل هو سنة أم لا ؟ وروى عن ابن عباس انه سنة ،

(1) في (ي) : لأجامعكن، وهو تحريف

(2) ما بين القوسين ساقطاً من (د)

(3) في (ي) وإن لم

(4) في (د) : وباقية، وهو تصحيف

(5) في (ي) : فإن

(6) في (د) : تسعة

(7) رواه ابن عدي في الكامل (2424/6) وابو نعيم في (الحلية 123/6) والعقيلي في الضعفاء (350)

وغيرهم عن علي بن ابي طالب باسانيد ساقطة حكم من اجلها على الحديث بالوضع (سلسلة

الأحاديث الضعيفة) للألباني رقم 263

لقوله تعالى : ﴿تُؤْتِي أَكْلَهَا كُلَّ حِينٍ﴾ إشارة إلى أن التمرة اذا حَمَلَتْ في وقت لا تحمل الا في ذلك الوقت وهو سنة ، قال اللخمي : هو مدة فيها طول دون السنة ، فإن عرف⁽¹⁾ فقال : الدهر أو العصر قليل سنة الأكثر في الزمان ، والدهر مدة الدنيا .

قاعدة : اللفظ انما يُقال له : شرعي إذا غلب استعماله عليه . يصير الفهم سابقاً الى ذلك المعنى دون غيره ، أما اذا استعمل اللفظ الذي له⁽²⁾ مسمى عام في بعض افراده مرة واحدة لا يقال له : شرعي ولا عرفي ، بل ذلك شأن استعمال (اللغة⁽³⁾) ، فنقل لفظ) المعنى العام في افراد مسماه ، والحين اسم لجزءٍ ما من الزمان وان قل ، يصدق على القليل والكثير ، واستعماله في بعض الصور في بعض افراده لا يصيره منقولاً لذلك الفرد . فالمتجه ما قاله (ش) ، وأما مع التعريف فيتجه ما قاله الداودي ، لأن اللام للعموم ، قاله اللخمي⁽⁴⁾ ، وان حلف لا يكلمه اياماً أو شهوراً أو سنين فثلاثة من كل صنف سماه إلا ان يريد التطويل فلا بد من الطول ، فان عرف باللام فليل ؛ سنة ، لقوله تعالى : ﴿إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا﴾ (التوبة : 36) وقيل : الأبد ، وعلى القول بحمل الشهور على شهور السنة ، تحمل الأيام على الأسبوع ، وان حلف : لا يفعل شيئاً في هذه السنة وقد مضى نصفها ؛ قال مالك : يأتلف سنة إلا ان تكون له نية ، قال : وفيه نظر ، لأن الإشارة بهذه تقتضي التخصيص ، وفي (الجواهر) : الحالف ليهجرنه : فثلاثة⁽⁵⁾ ايام ، لأنها نهاية الهجران الشرعي ، وفي كتاب محمد : شهر . لأنه محدود ، وكثيراً⁽⁶⁾ ما تقع الأيمان عليه فهو معتاد : ولو قال : لأطيلن هجرانه ، قال محمد : سنة ، وقيل : شهر ، قال ابو الحسن : إن كانا صديقين : فالشهر طول ، والا فقليل .

المدرک التاسع : تعارض المقصود من الشيء عرفاً أو لغة . وفي (الكتاب) : الحالف :

- (1) كذا في الأصلين . وفي الكلام غموض
- (2) في (ي) : الذي يسمى عام ، وفي (د) : الذي له هو مسمى عام ، وكلا منها مصحف
- (3) ما بين القوسين سقط من (د)
- (4) في (ي) : قال : وان حلف
- (5) في (ي) : ثلاثة ، وهو خطأ
- (6) في الأصلين : وكثير

لا يأكل من هذه الحنطة (أو⁽¹⁾ هذه الحنطة) حنث بالخبز والسويق، لأنها كذلك تؤكل، وإن حلف: لا يأكل من هذا الطلع حنث بفسره ورطبه وقمره، إلا أن ينوي الطلع⁽²⁾ نفسه، أو من هذا اللبن حنث بزيده إلا أن تكون له نية، وقال (ح)⁽³⁾: لا يَحْنُثُ في الجميع لانتقال الأسماء. لنا: أن صيغة (من) للتبعض لغة. والزبد بعض اللبن، والتمر فيه أجزاء الطلع، ولذلك اجمعنا على الخالف: لا يأكل من هذا الرغيف، أنه يَحْنُثُ بلبابه منه، والخالف: لا يأكل بسر هذه النخلة، أو من بُسرِها لا يَحْنُثُ بالبلح⁽⁴⁾ لأنه لا يكون بَلَحاً، أو من هذه الحنطة، أو من هذا الطعام: يَحْنُثُ بما اشترى بشمنها من طعام، لأنه يصدق عليه أنه منها إلا أن يكون الشيء⁽⁵⁾ فيهما من الرداءة. والخالف: لا يشرب هذا السويق فأكله يَحْنُثُ إلا أن ينوي الشرب، والخالف: لا يأكل سمناً فيأكل سويقاً لت بسمن يَحْنُثُ، وَجَدَ طَعْمَهُ أَوْ رِيحَهُ أَمْ لَا، لأنه لو أريد استخراجُه بالماء الحار لخرج، والخالف: لا يأكل خَلاً فأكَلَ مَرَقاً طَبِخَ بَخْلٍ، لأنه لا يمكن استخراجُه إلا أن ينوي ما طبخ به، وقاله (ش) فيهما، قال صاحب (تهذيب الطالب): الخالف: لا يأكل عسلاً يَحْنُثُ بعسل القصب، وبالعسل مطبوخاً، وبالفالودج وبالخبيص، وطعام فيه عَسَلٌ، ويَحْتَمِلُ على قول أشهب أن لا يَحْنُثُ بعسل القصب، لأنه ليس العادة. واعلم أن هذه المسألة تشكّل على مسألة الخل في (الكتاب)، قال: ولم يفرق ابن القاسم بين وجود طَعْمِ السمن وعدمه، وفرق ابن ميسر، قال: ولو أن الدقيق والخبز لت بخل حنث - عندي - لأن اللت غير مستهلك، ووافق أشهب ابن القاسم في الخل واختلفا في السمن، وحنثه سحنون في الخل، وفي (الكتاب): الخالف: لا يأكل لحماً يَحْنُثُ بالشحم خلافاً لـ (ش)، ولو عكس لا يَحْنُثُ باللحم، لأن الله تعالى حرم لحم الخنزير فحرم شحمه. وحرم على بني إسرائيل الشحم ولم يحرم اللحم، ويَحْنُثُ

(1) زيادة من (ي)

(2) في (ي): وكده!

(3) مكان (ح) بياض في (ي)

(4) في (د): النخل، وهو تصحيف

(5) كذا

بلحم الحوت، أولاً يأكل رؤساً أو بيضاً، حنث برؤس السمك وبيضها، خلافاً لـ (ش)، لأن لفظ الرؤس والبيض لم يختص في العرف ببعض انواعها، بل من قال: رأيت رؤساً، يقال له: رأس أي شيء، ويحسن جوابه بما ذكرناه، وانما اختص الأكل ببعضها، وقد تقدم ان العرف الفعلي لا عبء به، وانما المعتبر القولي، قال ابن يونس: قال محمد: لا يحنث في ثمن الحنطة ولا فيها اشبهه، واستحسن اشهب في الطلع عدم الحنث بالبسر أو الرطب لبعدها بينها في الطعم والإسم والمنفعة كالخل مع العنب، ولم ير ابن القاسم الحنث بما يخرج من المحلوف عليه إلا في خمسة اشياء: في الشحم من اللحم، والنيذ من التمر، والزبيب والعصير من العنب، والمرق من اللحم، والخبز من القمح، وقد جمعها الشاعر بقوله:

أوراق لحم وخبز قمح نبيذ⁽¹⁾ تمر مع الزبيب
وشحم لحم وعصر كرم يكون حنثاً على المصيب

والاقتصار على هذه الخمسة يعسر تقريره من جهة النظر، وقيل: لا يحنث بالخبز من القمح لبعده، إلا ان يقول: من هذا القمح أو من هذا الدقيق، واستحسنه محمد، ولا يحنث ابن القاسم الخالف: لا يأكل لبناً، أو اللبن بالزبد، أو السمن، ولا يأكل رطباً بالتمر، أو لا يأكل عسلأ بالرب، إلا أن يأتي بصيغة (من) وعمم ابن وهب الحنث في ذلك قياساً، وفرق ابن حبيب بين أن يشار اليه به (هذا) فيحنث، أو ينكر فلا يحنث، لأن الإشارة تتناول الخصوص بجميع اجزائه: والمتولد بعد ذلك فيه من هذه الأجزاء، قال سحنون: الخالف: لا يأكل زعفراناً يحنث بالطعام المزعفر، لأنه لا يؤكل الا كذلك، قال ابن القاسم: الخالف على اللحم: يحنث بالكركش والرأس والمعاء والدماغ وغيرها خلافاً لـ (ش)⁽²⁾ وابن حنبل، فهما يلاحظان العرف، وهو يلاحظ اللغة، والخالف بأحدهما لا يحنث بالشحم، لأنها لا تكون شحمأ، والخالف على اللحم يحنث⁽³⁾ بالقديد دون

(1) في الأصلين: ونبيذ، وبالواو يختل الوزن

(2) مكان (ش) في (د) بياض

(3) في (د): لا يأكل. وهو تحريف

العكس، وقال أشهب: الخالف على اللحم والرؤس لا يحنث الا بلحم الأنعام ورؤسها، كقول (ش)، لأنها المقصودة بالأثمان⁽¹⁾ عادة فهو عرف قولي في خصوص الفاظ الأيمان، والعرف قد يكون في المركبات، كما يكون في الألفاظ المفردات، كما تقدم، ووافق ابن القاسم في البيض، والفرق: بعدما بين الأنعام والطير وغيره، وتَقَارِبَ بَيْض الدجاج والطير، وقال ابن حبيب: بيض الطير دون الحوت، قال ابو محمد: والخالف: لا يأكل إِذَا مَا يَحْنُثُ بالإدام عرفاً، وقاله ابن حنبل، وليس الملح منه، قال صاحب (البيان): وحنثه اشهب بالملح، لأنه عادة الضعفاء (بمصر)⁽²⁾، والمعول في ذلك على العادة كالتمر والزيتون ونحوه، ووافقنا (ش)⁽³⁾ وخصصه (ح) بما يصنع فيه دون اللحم والشواء، لقوله⁽⁴⁾ عليه السلام: (نَعَمْ الإِدَامُ الْخَلْ) و(اتندموا⁽⁵⁾ بالزيت فإنه من شجرة مُباركة) والجواب عنه أنه مفهوم لَقَب لا حجة فيه، سلمناه، ولكنه معارض بقوله⁽⁶⁾ عليه السلام: (اللحْمُ سَيِّدُ إِدَامِ الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ) ولأن الإدام معناه: الإبتلاف لأنه يؤلف الخبز مع النفس، ومنه سمي آدم عليه السلام، لأنه أُلِفَ من اجزاء الأرض، وقوله⁽⁷⁾ عليه السلام: (هَلَا نَظَرْتُ إِلَيْهَا فَإِنَّهُ أَوَّلَى أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا) أي تأتلفان.

(1) كذا في (ي) وفي (د) دون نقط، ولعلها: الأيمان بالياء المثناة

(2) زيادة من (د)

(3) في (ي): (ش وح) وخصصه بما

(4) رواه مسلم في الأشربة باب فضيلة الخل والتأدم به. وابو داود في الأطعمة، باب في الخل، والترمذي في الأطعمة باب ما جاء في الخل وغيرهم. عن جابر.

(5) ابن ماجه في السنن، في الأطعمة. والحاكم في المستدرک (122/2) والبيهقي عن ابن عمر. وهو حسن

(6) رواه ابن ماجه في الأطعمة، باب اللحم، واحمد في (المستدرک 303/3) عن ابي الدرداء بلفظ: سيد طعام اهل الدنيا واهل الجنة اللحم، وهو حديث موضوع (الأسرار المرفوعة، في الأحاديث الموضوعه) لعل القاري حرف السين.

(7) رواه الترمذي في النكاح، باب ما جاء في النظر الى المخطوبة، والنسائي في النكاح، باب اباحة النظر قبل التزويج، عن المغيرة بن شعبه، ولفظه: انظر اليها، فانه احرى ان يؤدم بينكما. واما لفظ المؤلف: هلا نظرت اليها. فهو في حديث آخر في مسلم وسنن النسائي عن ابي هريرة، والكل صحيح.

فرع، وقال: والخالف: لا يأكل خبزاً واداما⁽¹⁾ لا يحنث بأحدهما عند أشهب، لأن العادة الجمع، خلاف ما في (المدونة) قال ابن يونس: قال محمد: الخالف: لا يأكل فاكهة يحنث برطبها ويابسها من التمر والعنب والرمان والفتاء والبطيخ والقصب والفل والحمض والجلبان، قال ابن حبيب: والخالف على الخبز: يحنث بالكعك دون العكس، لأن الكعك خبز وزيادة، ومن كتاب محمد: والخالف: لا يأكل غنما يحنث بالضأن والمعز، والخالف على أحدهما لا يحنث بالآخر (والخالف على الدجاج، يحنث بالديك، وعلى أحدهما، لا يحنث بالآخر)⁽²⁾ والخالف: لا يأكل كباشاً، يحنث بكبار النعاج وصغارها لدخولها في الإسم، ولو قال: كبشاً ولم يقل كباشاً: لم يحنث بصغار الذكور ولا الإناث، قال ابن يونس: وكذلك الكباش لا يحنث بها عندنا في الصغار ولا الإناث الكبار، لأنه العرف، ولاحظ محمد اللغة، قال محمد: والخالف: لا يأكل نعجة أو نعاجاً لا يحنث بصغار الذكور والإناث وكبار الذكور، والخالف: لا يأكل خروفاً لا يحنث بالكبش، والخالف: لا يأكل تيساً أو تيوساً يحنث بالعتود دون العكس:

قال صاحب (التلخيص): الخالف: لا يأكل من مال فلان أو من طعامه أو لا ينتفع بشيء من ماله فانتفع بعد موته قبل جمع ماله ودَفَنه: فثلاثة أقوال: لا يحنث إلا أن يكون عليه دين أو وصايا، ولا يحنث إلا أن يكون عليه دين دون الوصايا، لأن الدين يقضي على ملكه، والوصايا لأربابها، ولا يحنث وإن أحاط الدين بماله، لانقطاع ملكه بموته، والخالف: لا ينتفع ما عاش، أو لا يدخل عليه ما عاش: فدخل عليه ميتاً أو كَفَنه، فقولان في (الكتاب). والخالف: لا يكلمه فيؤم قوماً فيهم فسلم من الصلاة عليهم، أو صلى خلفه علماً به فرد عليه سلامه من الصلاة لم يحنث، لأنه ليس كلاماً عادة، ولو سلم على جماعة هو فيهم حنث علم به أم لا، إلا أن يحاشيه، ولو سلم عليه وهو لا يعرفه ليلاً، حنث، لأن الجهل ليس عذراً في الحنث، ولو⁽³⁾ كتب إليه أو أرسل إليه حنث خلافاً لـ (ش) وابن حنبل إلا

(1) في (ي): أو إداما. وهو خطأ.

(2) ما بين القوسين سقط من (ي).

(3) في (د): وان.

أن ينوي المشافهة، لأن المقصود من الكلام انما هو ما يدل على المقاصد، والحروف الكتابية في ذلك كالنطقية، ثم رجع فقال: لا ينوى في الكتاب، ويحنت، إلا أن يرجع الكتاب قبل وصوله اليه، قال ابن يونس: قال محمد: ان سلم اثنتين فأسمعه الثانية حنت، قال ابن ميسر: لا يحنت، وان أرتج⁽¹⁾ على الحالف فلقنه المحلوف عليه لم يحنت بخلاف العكس، وأما اذا أم الحالف فرد عليه المحلوف: قال ابن القاسم واشهب: إن سمع رده حنت، قال ابن القاسم: ولو مر بالمحلوف نائماً فقال له: الصلاة يا نائم، فرفع رأسه فعرفه حنت، وكذلك ان لم يسمعه لشدة النوم كالأصم، وكذلك لو كلمه وهو مشغول بكلام رجل ولم يسمعه، لأنه يصدق أنه كلمه، وقال اصبغ: ان تيقن نومه ولم يتنبه لكلامه لا يحنت كالميت والبعيد، ولو كلم غيره يظنه اياه قاصدا للحنت لم يحنت، لأن القصد انما يورث في الحنت إذا كان على حنت، وهو ها هنا على بر، ولو كلمه يظنه غيره حنت، لأن الجهل ليس عذراً، قال مالك: ولو حلف: لا يكلمه الا ناسياً، قبل قوله في النسيان، ولو قامت البينة، لأن ذلك لا يعلم الا من جهته، قال ابن القاسم: والحالف: لا يكلمه الا بالإشارة اليه، لأن الإشارة في الصلاة ليست كلاماً بخلاف الكتابة، لأنها حروف كالللام، وحروفها دالة على حروف القول فيتنزل أحدهما منزلة الآخر، وقال غيره: يحنت لقوله تعالى: ﴿أَلَا تُكَلِّمُ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ (آل عمران: 41) والأصل في الاستثناء⁽²⁾ الاتصال، وقال مالك في الرسول: لا شيء عليه، وقال اشهب: لا يحنت فيه ولا في الكتابة إلا ان يسمعه الكلام الذي أرسل به الرسول، لأنه لو حلف: ليكلمته لم يبر بالكتابة، قال اشهب: ولو رجع الكتاب بعد قراءته بقلبه دون لسانه لم يحنت، لأن الحالف: لا يقرأ جهراً لا يحنت بقراءة قلبه، ولو كتب المحلوف الى الحالف فقرأ كتابه لم يحنت عند اشهب، واختلف قول ابن القاسم فيه، ومن كتاب ابن حبيب: لو أمر الحالف من يكتب فكتب ولم يقرأه على الحالف ولا قرأه الحالف لم يحنت، ولو قرأه الحالف او قرأه عليه حنت إذا قرأه

(1) في (د): ارتجع، وهو تصحيف، وأرتج بضم الالف واسكان الراء وكسر التاء، على ما لم يسم فاعله، لم يقدر على البيان كأنه أطبق عليه.

(2) في (ي): الأشياء، وهو تصحيف.

المحلف عليه أو عنوانه، والا فلا، قال الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِشَرِّ أَنْ يَكْلِمَهُ اللَّهُ إِلَّا وَحْيًا أَوْ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ أَوْ يُرْسِلَ رَسُولًا﴾ (الشورى: 51) فجعل ذلك كلاماً، وفي (الجواهر): في قبول النية في الكتاب والرسول أقوال: ثالثها: تقبل في الرسول دون الكتاب، وإن لم يقرأ المحلف الكتاب: ففي الحنث قولان.

فرع: قال: لو انتقل المحلف عليه الى ما ليس معداً له كالحالف: لا يأكل طعاماً فيفسد (بأكله)⁽¹⁾، فقيل: يحنث لأنه أكله، وقيل: لا يحنث لأنه لم يأكل الطعام المعتاد، وإنما انتقل الا ما هو معداً له، فإن نطق بـ(من) نحو: لا أكلت من هذا: فإن قرب تغيره: فالمذهب كله على الحنث، وإن بعد كانتقال الطلع الى البُسر والرطب، فالمشهور: الحنث، ولا يحنث بالمتولد الذي ليس جزءاً⁽²⁾ كالحلف على الشاة فيأكل من لبنها الا أن يريد ترك الانتفاع مطلقاً، وفي تحنيثه بولدها خلاف، فإن لم يذكر لفظة (من) ونكر: فالمذهب عدم الحنث والأحنث، وإن قرب التغير جداً، والغالب أنه لا يستعمل الا كذلك، فلم يره ابن القاسم الا في الخمسة المتقدمة، والحالف: لا يدخل عليه بيتاً فدخل المحلف عليه على الحالف بيتاً، اشار في (الكتاب) الى عدم الحنث، وقيل: يحنث، ولا يحنث بدخوله عليه المسجد اتفاقاً، لبعد لفظ البيت عن المسجد إلا باضافته الى الله تعالى، وأحشوه بالحمام، والفرق: أن الحمام لا يلزم دخوله بخلاف المسجد، وخالف اللخمي في الحمام، والحالف: ليتنقل من دار، قال صاحب (البيان): لا يعود عند ابن القاسم الا بعد شهر، ولم ير عليه حثاً إن رجع بعد خمسة عشر يوماً، قال صاحب (البيان): لا يعود عند ابن القاسم الا بعد شهر، لأن الشهر معتبر في تقديم الزكاة وانتزاع مال المعتق الى اجل قبل اجله بشهر، (والحالف: ليطلق المجران برّ بشهر)⁽³⁾ ولم ير عليه حثاً إن رجع بعد خمسة عشر يوماً، قال ابن يونس: قال عبد الملك: لا اجب له الانتقال بنية مؤقتة، قال عبد الملك: والحالف: ليخرجن فلانا من داره، له رده بعد

(1) زيادة من (د).

(2) (ي): خبزاً، وهو تصحيف.

(3) ما بين القوسين سقط من (د).

شهر، وان من عليه بالدار فحلف: ليتقلن، فتأخر ثلاثة ايام في الطلب⁽¹⁾ ولم يجد: قال محمد: لا شيء عليه، والخالف: ليخرجن من المدينة ولم ينو الى بلد معين خرج الى ما تقصر فيه الصلاة فيقيم فيه شهراً، قاله مالك، وقيل: الى موضع لا يجب فيه اتيان الجمعة فيقيم فيه ما قل أو كثر ويرجع، وفي (الكتاب): الخالف: لا يسكن هذه الدار، أو دار فلان هذه⁽²⁾، فباعها فسكنها في غير ملكه حنث، لأجل الإشارة، إلا أن ينوي: ما دامت في ملكه، ولو قال: دار فلان، لم يحنث لزوال الإضافة، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: الخالف: لا يسكن دار فلان حنث بدار له فيها شرك لصدق الإضافة، وهو يصدق بأدى سبب، كقول احد حاملي الخشبة: شل طرفك، قال اشهب: الخالف: لا يدخل منزل فلان، فدخل الدار دون البيت: إن كانت الدار لا تدخل الا باذن، ومن سرق منها قطع، حنث، وقال غيره: لا يحنث، قال ابن حبيب: اذا حلف: ان لا يدخل دار فلان حنث بحانوته وقريته وخبائه وكل موضع له فيه اهل أو متا وان لم يملكه، لأن الدار من الدائرة تعمل حول البيت خشية السيل، فسميت الدار دارا لذلك، وخالف اصبغ في الحانوت والخباء، وفي (الكتاب): الخالف: لا يلبس ثوبا غزلته فلانة حنث بما غزلته مع غيرها، أو حلف: لا يسكن بيتا فسكن بيت شعر - وهو بدوي أو حضري - حنث لصدق الإسم عليه، أولا يكسوها هذين الثوبين ونيته: مجتمعين فكسأها أحدها حنث، لأنه جزء المحلوف عليه، أو لا يدخل هذه الدار، فصارت طريقاً ودخلها لم يحنث، فإن بنيت ودخلها حنث، لأنه يقال: هذه دار فلان عمرت، فالمشار اليه عاد، أو لا يدخل من باب هذه الدار أو من هذا الباب فغير أو نقل، حنث بالدخول إلا ان يكون⁽³⁾ الباب دون الدار، قال ابن يونس: اذا بنيت الدار بعد هدمها مسجدا لم يحنث، وقال مالك: الخالف: لا خرجت امرأته من الدار فهذهما سيل، أو أخرجها ملك الدار فلا شيء عليه الا في الدار الثانية، أو يرجع الى الأولى، قال سحنون: وكذلك لو أخرجها السلطان ليحلفها

(1) في (د): الطالب.

(2) في (ي): هذه فسكنها، وفي (ه): مدة.

(3) في (ي): يكره، وهو تصحيف.

في حق لم يحنث، ولو انتقل الزوج باختياره، فاليمين باقية حيث انتقل، فإن المقصود صونها، وقال مالك ايضا: الخالف: لا تخرج من باب بيتها حتى يقدم فنزلت بموضعها فتنة فخافت فخرجت من دبر بيتها يحنث، وفي (الكتاب): الخالف: لا يأكل طعاما أو شرابا فذاقه⁽¹⁾ ولم يصل الى جوفه لم يحنث⁽²⁾، لأن المقصود التغذي ولم يحصل، والخالف: لا يساكنه في دار فسكننا في مقصورتين في دار، أو كانا قبل الحلف كذلك حنث، وان كانا في منزل فلا، والخالف: لا يساكنه في دار فقسمت واستقل كل واحد بنصفها كرهه مالك دون ابن القاسم، قال ابن يونس: ولو كانا من اهل العمود فحلف: لا يجاوره، أو لينتقل عنه، فانتقل الى قرية والمضرب⁽³⁾ واحد، حنث إلا أن ينتقل بيته⁽⁴⁾، قال ابو محمد⁽⁵⁾: لا بد من انقطاع خلطة الصبيان والعيال، وتكون رحلته كرحلة اهل العمود، قال مالك: حيث لا تلتقي أغنامهم في الرعي، قال التونسي: لا يحنث بالزيارة ولو أقام أياما أو مرضه، قال مالك: (والزيارة تختلف كما في الحضري والقروي، وقال أشهب: ليست الزيارة مساكنة وان طالت اذا لم⁽⁶⁾) يكن القصد السكنى، وقال ايضا: اذا اكثر المبيت والنام في غير الحضر حنث، ومن كتاب ابن المواز: الخالف: لا يجاوره في امهات القرى يحنث⁽⁷⁾ بالطريق التي تجمعهما في الدخول والخروج والمجتمع ولا يحنث، قال ابو الطاهر: ولو رفع مالا فنسيه فحلف لزوجته: لقد اخذته، ثم وجده حيث دفنه، لا يحنث. لأن المقصود ان كان تلف فانت اخذته، والخالف: ليس معي أوزن من هذا الدرهم: فوجد⁽⁸⁾ معه وزنه لا يحنث.

فرع، قال صاحب (البيان): اذا حلف: لا يتسرى على امرأته، فذهب

-
- (1) في (ي): بذاته، وهو تصحيف.
 - (2) في (د): يحنث، بدون لم وهو تحريف.
 - (3) في (ي): والمضرب.
 - (4) في (ي): بقية.
 - (5) في (ي): قال محمد.
 - (6) ما بين القومين ساقط من (د).
 - (7) في (د): يجتنب الطريق الذي... ولعله الصواب.
 - (8) في (ي): فيوجد.

مالك واكثر أصحابه أن التسري الوطء، وقيل: الإيلاد، وقيل: الاتخاذ للوطء. فعلى القول بأنه الوطء، لا تجوز له الا المباشرة من التقبيل ونحوه، وقيل: يجوز له الوطء ولا ينزل، وقيل: وطأة كاملة ولا يحث الا بتمامها⁽¹⁾.

المدرک العاشر: النظر الى التماذي على الفعل، هل يجعل كابتدائه؟ ففي (الكتاب): الخالف: لا يسكن هذه الدار وهو فيها، يخرج مكانه، ولو في جوف الليل، فإن أقام الى الصباح حث، (إلا أن ينويه، فإن وجد منزلاً لا يوافقه أو غالباً انتقل اليه حتى يجد سواه، والا حث⁽²⁾) وقال ابن حنبل: ينتقل بحسب العادة ويرتحل بولده وأهله وجميع متاعه الا الوتد وما لا يعأبه، فإن بقي متاعه حث، وقاله ابن حنبل خلافاً لـ (ش): في قوله: يكفي نقله بنفسه، لنا: أنه كل يوم ينتقل بنفسه من غير يمين، فلا بد لليمين من غرض زائد على المعتاد، وقال ابن يونس: قال اشهب: لا يحث بإقامته يوماً وليلة، ولا يترك قشه⁽³⁾ فانه لا يسمى مساكنة، وقد قال ابن القاسم في الخالف: ليقضيه حقه في الهلال: له يوم وليلة، ولو ابتدأ في النقلة وأقام اياماً لكثرة عياله⁽⁴⁾، لا شيء عليه، ولو ترك متاعه إعراضاً عنه لصاحب الدار أو غيره لم يحث، وروي عنه: إن ترك الوتد ونحوه إعراضاً عنه لم يحث، أو نسياناً حث، وفي (الجواهر): الخالف على ركوب دابة أو لباس ثوب وهو راكب أو لباس ينزع وينزل، فإن تماذى كان كابتداء الفعل، قاله في (الكتاب)، وقال الشافعي⁽⁵⁾: ولو حلف: لا يدخل داراً وهو فيها: قال ابن القاسم و (ش): لا شيء عليه إن لم يخرج خلافاً لأشهب، والفرق: أنه يغدو⁽⁶⁾ راكباً ولا بساً ولا يغدو راجلاً، ولو قال للحائض: اذا حضت، أو الطاهر اذا طهرت، أو الحامل اذا حملت فأنت طالق، قال سحنون: هو على

(1) في (ي): بكماها.

(2) ما بين القوسين سقط من (د).

(3) في (د): قشه.

(4) في (ي): كثيرة متاعه.

(5) في (ي): (ش).

(6) في (ي): يعد... ولا يعد داخلاً.

وجود هذه في المستقبل، لأنه لا يقال: حاضت أو طهرت أو حملت اليوم بل منذ⁽¹⁾ مدة.

المدرک الحادي عشر: ما يعد عذراً وهو: الإكراه والسيان والجهل، وفي (الجواهر): الخالف: لا يفعل شيئاً يحنث بوجود الفعل منه سهواً أو عمداً أو خطأً أو نسياناً أو جهلاً، ولا يحنث مكرهاً، ووافقنا الأئمة على الإكراه على اليه ن، وخالفنا (ح) في الإكراه على الفعل⁽²⁾، ووافقنا في النسيان والجهل، وخالفنا (ش) في النسيان والجهل.

(تمهيد): اللفظ لغة لا يختص بحالة، فقد دلت العادة على ان الناس يستنون هذه الحالة⁽³⁾ حتى يكون معنى قوله: لا فعلت كذا، ما لم أنس أو أكره أو أجهل، ولا يقصدون ذلك، فنحن لم يثبت عندنا قصدهم، فاعتبرنا اللفظ واستثنينا الإكراه للحديث، وهو قوله⁽⁴⁾ عليه السلام: (لا طلاق في إغلاق) أي في إكراه، وإذا تمهد عذراً في الطلاق تمهد في غيره بجامع عدم الإيثار للفعل، و(ش) يرى ان هذه الحالات مستثنيات في عرف الناس، وهو غير ظاهر، وفي (الكتاب): الخالف: لا مال عنده، وورث مالا لا يعلم به حانث، والخالف: لا يدخل داراً لا يحنث بدخولها مكرهاً، وقال ابن يونس: ولو هجمت به دابته كرها لم يحنث، وإن قال لزوجته: إن دخلت هذه الدار فأنيت طالق، فأكرهها غيره على الدخول لم يحنث، وأما بإكراهه هو: فقال سحنون: أخاف أن يكون ذلك رضا بالحنث فيحنث، قال مالك: والمكره على اليمين لا يعتبر بيمينه إلا ان يكون في حق عليه وهو يعلم ذلك، وقاله الأئمة، والخالف بالطلاق لإنجاة غيره من القتل بغير حق يلزمه الطلاق، قاله محمد، خلافاً لأشهب، والخالف: ليس له مال: قال محمد: إن تصدق عليه وهو لا يعلم فلم يقبل فلا شيء عليه، فإن قبل حنث، وقيل: لا يحنث نظراً لتأخير

(1) في (ي): بل من مدة.

(2) في (ي): الحنث.

(3) في (ي): الحالات.

(4) أبو داود في الطلاق، باب الطلاق على غلط. واحد في (المسند 276/6) عن عائشة، وهو حسن، بلفظ: لا طلاق ولا عتاق في إغلاقه.

كمال الملك بعد اليمين، قال صاحب (تهذيب الطالب): الخالف: ليركبن الدابة فتسرق يحنث عند ابن القاسم خلافاً لأشهب، لأن الفعل ممكن، وانما منعه السارق، فإن ماتت برّ لتعذر الفعل، ومنع الغاصب والمستحق كالسارق، وكذلك لو حلف: ليضربن عبده فكأته، أو لبيعهها فوجدها حاملاً، لأن المانع شرعي، والفعل ممكن، وخالفه سحنون، والخالف: ليطأنها فوجدها حائضاً قيل: يحنث، وقيل: لا شيء عليه، وقيل: إن وطىء برّ، وقال ابن القاسم: لا يبر، وكذلك لو وجدها صائمة في رمضان، وقال اصبيغ: اذا نذرت يوم الإثنين فصادف يوم الصيام مرض. أفطرت ولا شيء عليها، وقال اشهب: الخالف: ليصومن رمضان وشوال إن صام يوم الفطر بر، وإلا فلا⁽¹⁾.

قاعدة. المانع متى كان عقلياً (اعتبر⁽²⁾ قولاً واحداً) أو عادياً أو شرعياً فقولان، والمدرّك: ان قول الخالف: لأفعلن، هل يعم الأحوال أو يخص بحالة التمكن، لأنه المقصود للعقل فلا يحنث، أو يفرق بين المتعذر عقلاً وغيره محافظة على ظاهر اللفظ؟ وهو المشهور (قال ابو الطاهر)⁽³⁾: المشهور: أن الخوف على الغير كالخوف على النفس، وفي الإكراه قولان، ومذهب مالك واصحابه: تحنيث الناسي، والمتأخرون من محققي الأشياخ: عدم تحنيثه، وراموا تخريجه عما في (المستخرجة) في الخالف بالطلاق: ليصومن يوماً سماه، فأفطره ناسياً، لا شيء عليه، قال: ويمكن حمله على نفي القضاء دون الحنث، وهو احد القولين في المفطر في النذور، وفيمن حلف: لا يبيع انساناً فباع من هو من سبيه، أو ممن اشتراه المحلوف عليه ولم يعلم، لا حنث عليه، ويمكن حمله على مراعاة ظاهر اللفظ فلا يحنث بمبايعة غيره، لأن النسيان عذر.

المدرّك الثاني عشر: تنزيل الوكيل منزلة الموكل تحقيقاً للنيابة، وقاله ابن حنبل خلافاً لـ (ش). قال صاحب (الخصال): كل من حلف: لا يفعل شيئاً فأمره

(1) في (ي): حنث.

(2) زيادة من (د).

(3) زيادة من (ي).

غيره ففعله حث الا في مثل الخالف: ليزربن عبده، إلا ان ينوي النيابة في ضربه، وفي (الكتاب): الخالف: لا يشتري عبداً فيأمر غيره فيشتريه له، يحث، والخالف: لا يضرب عبده فيأمر غيره فيضربه، يحث، لأن المتصود عدم إيلامه إلا ان تكون له نية، والخالف: لا يبيع لفلان شيئاً، يدفع فإن ثوبا لرجل فيدفعه الرجل للخالف فيبيعه ولم يعلم، فإن لم يكن الرجل صديقا ملاطفا، أو من = اله، أو ناحيته، والا حث، وكذلك الخالف: لا يبيع منه فيبيع ممن يشتري ل ولم يعلم، فإن لم يكن المشتري من ناحيته، ولا من سببه، لم يحث. وإلا حث، ولو⁽¹⁾ اخبره عند البيع فحلفه، فقال له: أنا ابتاع لنفسي، ثم تبين بعد البيع أن ابتاعه للمحلف عليه، حث إن كان المشتري من ناحية فلان، قال ابن يونس: قال التونسي: لو قال: أبيعك بشرط أنك ان ابتعت لفلان فلا تبّع بيني وبينك، فتبين الشرط، بطل البيع، ولا يحث، ولو اشترى لنفسه ثم ولى للمحلف عليه فيحتمل الحث ونفيه، فقد قيل في⁽²⁾ الخالف: لا يشتري لامرأته ثوبا فاشتراه لنفسه ثم ولاه لها. استثقله مالك، وقال ابن القاسم: لا يحث، قال صاحب (البيان): الخالف يعتق عبده: لا يبيعه، فرهنه، فباعه عليه السلطان في الرهن، لا يحث، لأنه زمان وقوع العتق (لا مَال له غيره، والدين مقدم على العتق، قال: والمعلوم للمالك وابن القاسم: وقوع العتق)⁽³⁾ عليه ببيع السلطان، فإن اشتراه بعد ذلك رجعت عليه اليمين، ولو كان حلفه بغير عتق العبد لجّرى⁽⁴⁾ في حثه خلاف.

المدرک الثالث عشر: تعذر المحلف عليه قبل الأجل إما عقلا أو شرعا أو بآدمي، وفي (الكتاب): الخالف: لياكلن هذا الطعام، أو ليركبن هذه الدابة، أو ليزربن عبده هذا إلى أجل، فتعذر⁽⁵⁾ ذلك (بموت)⁽⁶⁾ بر، بخلاف السرقة، إلا أن

(1) في (ي): وان اخبره.

(2) في (ي): للخالف.

(3) ما بين القوسين سقط من (د).

(4) في (د): يجرى.

(5) في (ي): فيتعذر.

(6) زيادة من (ي).

ينوي أن لا يسرق، لأن الفعل ممكن في السرقة بخلاف الموت، قال ابن يونس: قال محمد: لا يحنث في موت ولا سرقة لضربه أجلاً فهو علي بر، ولو لم يضرب أجلاً: لحنث في الموت والسرقة ان امكنه الفعل قبل ذلك، قال محمد: وان حلف: ليقطعن خشبة غداً فوجدها مقطوعة من ساعته، لا يحنث، ولو امكنه القطع فتركه حنث، وفي (الكتاب): الخالف: ليزبحن حمامة ثم قام مكانه فوجدها ميتة لا شيء عليه، وقاله (ش)، لأن العاقل⁽¹⁾ إنما يلتزم الفعل الممكن، قال ابن يونس: وهذا بخلاف الخالف: لبيعن أمته فيجدها حاملاً عند ابن القاسم، وسوى بينهما سحنون في عدم الحنث، والفرق: أن البيع ممكن، وإنما الشرع منعه منه، بخلاف الموت، واصل ابن القاسم: أن الخالف: ليفعلن، لا يعذر بالإكراه والغلبة إلا ان ينوي ذلك، وفي (الكتاب): الخالف بعثت عبده: ليضربن امرأته الى سنة، فماتت قبل ذلك لم يحنث لموتها وهو علي بر، فإن لم يضرب أجلاً منع من بيع العبد حتى يبر، فإن ماتت بعد اليمين والخالف صحيح: عتق العبد من رأس ماله، أو مريض⁽²⁾ فمن ثلثه، نظراً الى حالة الحنث دون اليمين، لأن الحنث ان كان السبب فقد وجد في حالة المرض، أو الشرط في اعتبار اليمين، واليمين هو السبب فالآن⁽³⁾ حالة الإعتبار، وقيل: ذلك لغو، قال ابن يونس: يصدق الخالف: أنه ضرب عبده او امرأته بغير يمين، وان لم تقم بيعة على قضاء الحق: طلق عليه بالبيعة التي على اصل الحق، لأن العادة الإشهاد على قضاء الحق⁽⁴⁾ دون الضرب، قال ابن القاسم: ان صدقه الطالب وهو من اهل الصدق. حلف معه ولا شيء عليه، وان اتهم فلا بد من البيعة، وقال سحنون: العدل وغيره سواء يقبل، قال مالك: اذا لم تعلم يمينه إلا بالإقرار، قبل قوله بغير بيعة لعدم التهمة، وقال ابن كنانة: لا تقبل شهادة الطالب له ولا عليه مطلقاً للتهمة، وفي (الكتاب): من لزمه دين لرجل أو ضمان عارية يغاب عليها فحلف بالطلاق ثلاثاً: ليودين ذلك، وحلف الطالب بالطلاق

(1) في (د): الفعل قل انما، وفيه تحريف وتصحيف.

(2) في (ي): او مريضاً.

(3) في (ي): لأن حالة... وهو خطأ.

(4) في (ي): الحقوق.

ثلاثاً لا يقبله، فيجبر على اخذ الدين لتعين المنة في تركه، فلا يلزم المديون^(١) اياها ويبحث الطالب (بالطلاق^(٢) ثلاثاً لا يقبله) ولا يجبر في اخذ قيمة العارية، ويبحث المستعير لعدم تعيين المنة بترك شيء مُحقق قبله، فإن ضمانها ضمان التهم، فإن اراد المستعير أنه يعطيه قبله اولاً لم يبحث كلاهما.

المدرک الرابع عشر: (النية)^(٣) العريّة عن اللفظ هل ينعقد بها^(٤) يمين حتى يترتب على الفعل حنث أو بر؟: حكى ابو الطاهر قولين، واطلاق لفظ النية على السنة الأصحاب من مشكلات المذهب، فقد غلط فيه كثير من الفقهاء الذين لا تحصيل لهم، وبيان ذلك: أنهم اجمعوا على أن صريح الطلاق لا يفترق الى نية، وقال اللخمي في باب الإكراه على الطلاق؛ وابو الوليد في صريحه^(٥) وكنایاته في (المقدمات): الصحيح من المذهب: أن الصريح لا بد فيه من النية، فإن كان المراد بالنية واحداً فقد تناقض قولهم ولزم خلاف الإجماع، حتى حكوا في الطلاق بالنية قولين، والإجماع على أن العازم على طلاق زوجته لا يلزمه بعزمه الطلاق^(٦)، فأين محل الخلاف وأين محل الإجماع؟ ثم النية هي من باب القُصود والإرادات، لا من باب العلوم والاعتقادات، وقد قال ابن الجلاب: من اعتقد الطلاق بقلبه ولم يلفظ به ففي لزوم الطلاق له قولان، فقد عبر عن النية بالاعتقاد وهو غير النية، وهذه معميات تحتاج الى الكشف، والذي يكشف الغطاء عن ذلك: أن لفظ النية عند^(٧) الأصحاب مشترك بين الإرادة المخصصة والحقائق^(٨) المترددة، وهي المشتركة^(٩) في العبادات^(١٠)، وبين الكلام النفساني، فاذا قالوا: الصريح لا يفترق الى نية، فهو

(١) في (ي): المدين.

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ي).

(٣) (النية) سقطت من (ي) ولا بد منها.

(٤) في (ي): عليها.

(٥) في (ي): صرائحه.

(٦) في (ي): طلاق.

(٧) في (ي): في اصطلاح.

(٨) في (د): للحقائق، ولعله الصواب.

(٩) في (ي): المشتركة، وهو تصحيف.

(١٠) في (ي): في العبادات والكلام، وبين الكلام...

المعنى الأول، وإذا قالوا: لا بد مع الصريح من النية، المراد الثاني بمعنى انه لا بد ان يطلق بكلامه النفساني كما يطلق باللسان، فإن اللساني دليل عليه، والدليل مع عدم المدلول باطل، وإذا قالوا: في الطلاق بمجرد النية قولان: مرادهم بالكلام⁽¹⁾ النفساني، ويدل عليه استدلالهم بانه يكون مؤمناً وكافراً بقلبه، والإيمان والكفر خبران نفسانيان، فالتشبيه يدل على التساوي، وسماه ابن الجلاب: اعتقاداً لأن كل معتقد مخبر عن معتقده، فالكلام النفساني لازم للعلم والإعتقاد، فعبر عنه به لما بينهما من الملازمة، والمراد ها هنا: الكلام النفساني، وهو الحلف بالقلب دون اللسان، فهل يلغوا⁽²⁾ لأن الله تعالى انما نصب سبب⁽³⁾ اللفظ (ولم يؤجل او يعبر)⁽⁴⁾ نظراً لقوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ يُوَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْإِيمَانَ﴾ (المائدة: 89) والعقد انما هو بالقلب⁽⁵⁾، فاذا تمهد⁽⁶⁾ هذا: تنزل أقوال الأصحاب على ما يليق به في كل موضع (والله اعلم)⁽⁷⁾.

(1) بهامش (ي): مرادهم بالنية الكلام...

(2) في (ي): فهل يلغى، وهي في (د): لمعوا بدون نقط.

(3) في (ي): سبباً لللفظ.

(4) زيادة من (ي).

(5) في (ي): بالعقل.

(6) في (ي): فهذا اذ المهد ذلك فنقول أقوال الاصحاب، وفيه تحريف.

(7) زيادة من (د).

البَابُ الْيَّاسِرُ في الكفارة

وهي مأخوذة من الكفر بفتح الكاف - وهو الستر -، ومنه سمي الزارع كافراً لستره الحب بالتراب، والبحر كافراً لستره ما فيه، والمشرِك كافراً لستره الحق من الوجدانية وغيرها، وكفر النعمة: عدم شكرها، لما لم يظهر لها أثر عادت⁽¹⁾ كالستورة، والمشكورة، كالمشهورة، ولما كان اصل الكفارة لزوال الإثم وستره كما في الظهار، سميت كفارة، وهي في اليمين بالله تعالى لا تزيل إثماً، لأن الحنث قد لا يكون حراماً، وهو اكبر مواردها، وقد قال اللخمي والشافعية: الحنث اربعة، واجب ان كانت اليمين على معصية، ومستحب إن كانت على ترك مندوب، ومباح إن كانت على مباح، ويضره البقاء عليه، ومكروه إن كان المباح لا يضره البقاء عليه، وفي مسلم: قال⁽²⁾ عليه السلام: (إذا حلف أحدكم على يمين فرأى غيرها خيراً منها، فليكفر عن يمينه، وليأت الذي هو خير) والمأمور به لا يكون معصية، فلا تكون الكفارة على وضعها، وقالت الحنفية: الحنث حرام، وهي تزيل الإثم الذي بسبب مخالفة اليمين لانعقاد الإجماع على تسميته حنثاً، والحنث الإثم، ولقوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾ (المائدة: 89) والمؤاخذه لا تكون الا مع الإثم، والجواب عن الأول: أن الحنث لفظ مشترك بين الإثم ومخالفة

(1) في (ي): عدت.

(2) البخاري في الأحكام. باب من لم يسأل الإمامة اعانه الله عليها. وفي الايمان والنذور في فاتحته، وابواب اخرى، ومسلم في الإمامة، باب النهي عن طلب الإمامة، وابو داود والنسائي وغيرهم، عن عبد الرحمن بن سمرة.

اليمين، نقله الجوهري، وعن الثاني: أن عقد اليمين لا إثم فيه بالإجماع، وإنما الخلاف في الحنث، فما دلت عليه الآية لا تقولون به، وما تقولون به لا تدل عليه الآية.

ثم النظر في أنواعها، وأحكامها، والمخاطب بها، فهذه ثلاثة فصول.

الفصل الأول: في أنواعها، وهي أربعة، منها ثلاثة على التخيير، وهي: العتق، والإطعام، والكسوة، والرابع، مرتب بعد العجز عن الثلاثة، وهو الصيام، وأصل ذلك: قوله تعالى: ﴿لَا يُوَافِقُكُمْ اللَّهُ بِالَّذِي كُفَرْتُمْ بِهِ﴾، ولكن يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْإِيمَانَ، فَكَفَّارَتُهُ: إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، ذَلِكَ كَفَّارَةُ إِيمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴿ (المائدة: 89) ،

النوع الأول: الإطعام وفي (الكتاب): يطعم مد قمح لكل مسكين من أوسط عيش ذلك البلد، ولا تغربل الحنطة إلا أن تكون مغلوثة، قال ابن القاسم: ولا يجزىء العوض وإن غذي⁽¹⁾ أو عشي بالخبز والإدام، أما الزيت واللحم - وهو أجوده - أجزاء، لأنه أطعم معتاد، ويعطى الفطيم من الطعام كما يعطي الكبير، لأن الله تعالى وصفه بالوسط فحمل على الوسط جنسا ومقدارا.

(فائدة) في (التنبيهات): المغلوثة بالثاء المثلثة والغين المعجمة والمهملة معاً، قال ابن يونس: افترى ابن وهب بمصر بمد ونصف، وأشهب بمد وثلاث، قال محمد: ولا يُعطي الذرة وهو يأكل الشعير، ولا الشعير وهو يأكل البر، ويجزىء الشعير وهو يأكل الذرة، فإن أطعم خمسة البر، ثم غلا السعر⁽³⁾، ثم⁽⁴⁾ انتقل الى بلد عيشهم الشعير (أجزأه الشعير)⁽⁵⁾ قال اللخمي: وقيل: يجزئه الخبز قفارا، والقفار بتقديم القاف وفتحها وتخفيف الفاء: الذي لا إدام معه، وقال مالك أيضا: يعتبر وسط

(1) في (د): وان غذاء وعشاء.

(2) في (ي): . . وصفه بالوسط جنسا ومقدارا.

(3) في (د): الشعير.

(4) في (ي): أو.

(5) ما بين القوسين سقط من (ي) ولا بد منه.

عيش المكفر دون البلد، وحمل الأهل على الأخص، وهو ظاهر الآية، فإن أهل البلد لا يقال لهم: أهل زيد، قال ابن حبيب: إلا أن يكون بخيلاً يضيق على أهله، واختلف في الرضيع، والقياس: عدم الإجزاء، لأنه ليس من أهل الطعام، ويشترط أن يكون المعطى مسلماً حراً فقيراً لا تلزم المكفر نفقته، فإن أعطى عبداً أو كافراً أو غنياً لم يجزئه إن علم، واختلف إذا لم يعلم، وهذا إذا فاتت، فإن كانت قائمة انتزعت وصرفت لمستحقها، وإن ضاعت لم يضمنوها إلا أن يعلموا أنها كفارة وغروا من أنفسهم، فإن لم يعلموا وأكلوها وصانوا بها أموالهم، بخلاف، والغرم أحسن، لقوله⁽¹⁾ عليه السلام: (لا ضرر ولا ضرار) وأما على القول بإجزائها فيغرمونها للمساكين، لأن المسلط غير المستحق، وعدم الإجزاء في هذه الوجوه أحسن، بخلاف الزكاة لأنها في الذمة، والزكاة في المال، وتسقط بالضياح بعد العزل بخلاف الكفارة،

وفي (الكتاب): من عليه يمينان فأطعم عن أحدهما مساكين: أكره أن يطعمهم لليمين الأخرى، ولا يطعم عبداً ولا ذمياً ولا أم ولد، وإن كان السيد محتاجاً، وإن أعطى غنياً لم يجزه، وكذلك الكسوة، ويعطى صاحب دار وخادم لا فضل في ثمنها عن سواهما كالزكاة ولا يعجبني الإعطاء للقريب الذي لا تلزم نفقته، ويجزىء، قال ابن يونس: قال محمد⁽²⁾: إنما كره إطعامهم من اليمين الثانية ليلاً تختلط النية، أما إذا تميزت تصح⁽³⁾ ووافقه أبو عمران، قال صاحب (المتقى): فإذا قلنا: يخرج الشعر، قال محمد: يطعم منه قدر ما يشبع القمح، ولا يخرج السوق، لأنه لا يقوت غالباً، قاله أصبغ، ويجزىء الدقيق إذا أعطى قدر ربعه، ولا يجزئه القطنية ولا التين، وإن كان عيش قوم، لأنه ليس بقوت.

النوع الثاني: الكسوة، ففي (الكتاب): لا يجزىء إلا ما تحل⁽⁴⁾ الصلاة فيه:

(1) رواه مالك في (الموطأ) مراسلاً في الأقضية باب القضاء في المرفق، واحد في (المستند) عن يحيى المازني وابن عباس، وعبادة بن الصامت، وهو صحيح.

(2) في (ي): أبو محمد: أكره إطعامهم...

(3) في (د): صح.

(4) في (ي): تحصيل.

ثوب للرجل، ولا تجزئ العمامة، وللمرأة درع وخمار، وقال (ش) و(ح): اقل ما يسمى كسوة: منديل أو عمامة أو غيرهما، لأن الكسوة اطلقت في الآية، ويجوز اعطاء كسوة^(١) الكبير للطفل، ووافقنا ابن حنبل، لنا: ان الكسوة اطلقت في الآية على الكسوة الشرعية، وهي ما يجزئ فيه الصلاة، لأن القاعدة حمل كلام كل متكلم على عرفه، ولقوله تعالى: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ (المائدة: 90) فأضاف الكسوة اليهم، فيعتبر حالهم، قال اللخمي: وليس عليه مثل كسوة نفسه أو اهل البلد، لأنها اطلقت في الآية بخلاف الإطعام، وان كسا صبيا أو صبية كسوة مثلها أجزاء وان لم تومر بالصلاة، لم تُعط خمارا، أو يستحب كسوة من امر بالصلاة، كما يستحب عتقه، قال ابن القاسم: يكسى المأمور بالصلاة كسوة رجل، قال عبد الملك: تكسى الصبية كسوة رجل، وقال ابن القاسم ايضا: يعطى الصغير مثل الكبير، وهو استحسان.

النوع الثالث: العتق، وفي (الكتاب): يستحب عتق من صلى وصام (ليستخلص)^(٢) للوظائف الواجبات، ويجزئ الرضيع، لأنه رقة، والأعجمي، ولا يجزئ الا سليم مؤمن، لقوله^(٣) عليه السلام في السوداء: (اعتقها فإنها مؤمنة) ولا يجزئ المدبر، والمكاتب، وأم الولد، والمعتق الى أجل، وأجاز الأعرج، ورجع لعدم^(٤) الإجزاء إلا أن يكون عرجا خفيفا، ولا يعجبني الحصي، ولا يُجزئ من يعتق عليه، ولا من علق عتقه على شرط، ومن اشترى زوجته فاعتقها لم تجزئه، لأنها تصير أم ولد بالحمل، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: اذا أعتق اعجميا لم^(٥) يجبر على الاسلام قبل إسلامه وأجزأه، خلافا لأشهب لأن الأعجمي ليس مضيا^(٦) على دين سابق، وانما تبع لسيده، وأجاز ابن القاسم عتق الصغير ابواه

(١) في (ي): ويجوز اعطاء الكبير كسوة...

(٢) مكانها بياض في (ي) وفي (د): ليتخلص.

(٣) أبو داود في الإيمان والنذور، باب في الرقة المؤمنة، والنسائي في الوصايا، باب فضل الصدقة عن الميت، عن الشريد بن سويد الثقفي، وهو حسن.

(٤) في (ي): الى عدم.

(٥) في (د): اعجميا يحير.. وهو تحريف.

(٦) في (ي): مصمما.

كافران إذا أراد ادخالهما في الإسلام، ولا يجزئ أقطع أصبع، أو الأذنين، أو أجذم، أو أبرص، أو أصم، وأجاز مالك عتق الأعور في الظهار، واختلف في الخصي بالإجزاء أو عدمه، قال صاحب (المتقى): قال القرويون: إذا كان النقص⁽¹⁾ يمكن معه التصرف الكامل والتسبب غالباً أجزأه، لأن المقصود هو تخليص الرقيق لاكتسابه ووظائفه الشرعية، فلا بأس بقطع⁽²⁾ الأئمة، قال ابن حبيب: والجذع والصمم الخفيف وذهاب الضرس، ولا يجزئ أقطع اليد أو الرجل، والأشل أو الأعمى أو المقعد أو الأخرس أو المجنون المطبق أو المفلوج، وقال عبد الملك: يجزئ⁽³⁾ البرص الخفيف، ولا يجزئ المريض المنازع، ولا مقطوع الإبهامين من اليدين أو الرجلين، ويجزئ المحموم والرمد، ومالك في الأعرج قولان، وجوز (ح): أقطع اليد والرجل خلافاً لنا و(ش). لنا: ان اطلاق الرقة يقتضي السلامة عرفاً، ومنع ابن القاسم الخصي لنقص خلقته كالأعور، وجعله أشهب كالقبيح المنظر، لأنه لا يتضرر به، وإذا اعتق رقة عن واجب ثم ظهر بها عيب⁽⁴⁾ رجع بأرش العيب، قاله في (العُتبية)، ولا يجزئ الأبق إلا ان وجد بعد العتق سليماً، وتعلم سلامته عن العيوب يوم العتق، ولا يجزئ الأصم عند مالك لخلله⁽⁵⁾ بالعمل خلافاً لأشهب، وجوز الشافعية أقطع الأذنين، وروي عن ابن القاسم، وجوز (ش)⁽⁶⁾: الأخرس.

النوع الرابع: الصيام، ويشترط فيه العجز عن الخصال المتقدمة، وقاله الأئمة، وفي (الكتاب): ان تعذرت الخصال الثلاثة صام ثلاثة أيام، وتتابعها افضل، وقد قرأ عبدالله بن مسعود: (متابعات)⁽⁷⁾، وقاله (ش). واوجه (ح) وابن حنبل، وإذا أفطر فيها قضاها، ولا يجزئ في أيام التشريق الا الرابع (فعساه)⁽⁸⁾

(1) في (ي): لم يمكن، وهو تحريف.

(2) في (ي): بأقطع.

(3) في (د): لا يجزئ.

(4) في (د): حل، وهو تحريف.

(5) في (ي): لخلته.

(6) في (ي): الشافعي.

(7) يعني في آية الكفارة: .. فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهي قراءة شاذة.

(8) زيادة من (د).

يجزىء) ليقوله⁽¹⁾ عليه السلام: (هذه أيام أكل وشرب) ولا يجزىء الصوم وله مال غائب الا ان يكون عليه دين مثله، ولا وله دار أو خادم وان قل ثمنها، لظاهر الآية، قال ابن يونس: قيل: ان كان له دين فصام ولم ينتظر أجزأه، وقال صاحب (البيان): الإعتبار بحال التكفير دون حال اليمين، وحال الحنث في الإعسار واليسار، فان أيسر: في اثناء الصوم أجزأه التماذي عليه، فإن أيسر عند الحنث ثم أعسر فصام ثم أيسر، قال ابن القاسم يعتق، والأول المشهور.

الفصل الثاني: في احكامها، وهي اربعة: الحكم الأول، تقديمها قبل الحنث، قال في (الكتاب): استحب مالك تأخيرها بعد الحنث فإن قدمها أجزأه.

قاعدة. اليمين عندنا وعند الشافعي وابن حنبل لا يغير حكم المحلوف عليه في اباحة ولا منع، قال (ح): يغير حتى قال: من حلف: لا يصلي حرمت الصلاة عليه، أو ليفسقن وجب الفسوق عليه، ويصير ذلك كالصلاة في الدار المغصوبة واجبا من وجه حراما من وجه، لأن مخالفة اليمين عنده حرام، وقد تقدم مدركه، وجوابه، وبني على ذلك منع التكفير قبل الحنث، وان من حرم طعاما أو غيره وجبت عليه الكفارة، لأنه التزم تحريمه باليمين، ولأن غير الواجب لا يجزىء عن الواجب، وقبل الحنث لا تجب الكفارة اجماعا، وقياساً على كفارة فطر رمضان، وقتل الصيد والظهار. لنا: أن موضوع الحلف لغة تأكيد المحلوف عليه، والتأكيد لا يغير الأصل، وقال (ش): يجوز تقديم التكفير بالمال لتقديم الزكاة⁽²⁾ على الحول دون الصوم، كامتناع تقديم رمضان على رؤية الهلال، ووافقنا ابن حنبل. لنا: ما في مسلم قال⁽³⁾ عليه السلام: (إذا حلف أحدكم على اليمين فرأى غيرها خيراً منها فليكفر وليأت الذي هو خير، ويروى: فليأت الذي هو خير، وليكفر، ويروى: ثم يكفر).

قواعد، اذا تقدم سبب الحكم دون شرطه جاز تقديمه⁽⁴⁾ عليه كالعفو عن

(1) رواه ابو داود في الاضاحي، باب حبس لحوم الاضاحي، عن نيشة الهذلي، وهو حسن، ورواه النسائي مطولاً وابن ماجه مختصراً.

(2) في (د): الصلاة، وهو تحريف.

(3) تقدم تخريجه.

(4) في (ي): ترتيبه.

القصاص قبل زهوق الروح لتقدم⁽¹⁾ السبب الذي هو الجراحة، وتقديم الزكاة على الحول، لتقدم ملك النصاب على الخلاف، واليمين ها هنا هو السبب، والحنث شرط، فجاز تقديم الكفارة قبل الشرط بعد السبب، ولا يجزىء قبل السبب اتفاقاً، حكاة في (الإكمال) لتقدم⁽²⁾ العفو على الجراحة، وإسقاط الشفعة قبل البيع. وفي (الجواهر): هل الحنث شرط أو ركن؟ قولان، وخرج الخلاف عليه، وبهذا يظهر الجواب عن قول الشافعي⁽³⁾ في الصوم، فإن الصوم قبل الهلال تقديم على السبب وعلى قول (ح) في القياس في تلك الصورة، لأنه يلزم التقديم⁽⁴⁾ على السبب، بخلاف صورة النزاع، وعن قوله: ما ليس بواجب، لا يجزىء عن الواجب بتقديم الزكاة.

الثانية: الواو لا تقتضي الترتيب على الصحيح، والفاء تقتضيه، فملاحظة الواو في قوله⁽⁵⁾ عليه السلام: (فليأت الذي هو خير، وليكفر) لا تقتضي تأخير الكفارة عن الحنث أو تقتضيه لأنها للترتيب عند الكوفين وبعض الفقهاء، وبتقدير تسليمه فالجواب عنه: أن الفاء في قوله (ﷺ)⁽⁶⁾ فليكفر، تقتضي التعقيب لرؤية ما هو خير من المحلوف عليه، فلا يتقدم عليه الحنث، فيكون تعقيبها في هذه الرواية معارضا⁽⁷⁾ لترتيب الواو في الرواية الأخرى، وينعكس هذا التقدير⁽⁸⁾ بعينه فيقال: الفاء في قوله عليه السلام: (فليأت) يقتضي تعقب الحنث لرؤية ما هو خير.

الثالثة⁽⁹⁾: ترتب الحكم على الوصف يدل على سببية ذلك الوصف لذلك الحكم، نحو: اقتلوا الكافر، واقطعوا السارق، وقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ كَفَّارَةٌ لِّإِيمَانِكُمْ

(1) في (ي): لتقديم.

(2) في (ي): كتقديم.

(3) في (ي): (ش).

(4) في (ي): التقدم.

(5) تقدم تخريجه.

(6) زيادة من (ي).

(7) في النسختين معا: معارض، وهو لحن.

(8) في (ي): التقرير.

(9) في (د): الثالث، والصواب ما أثبتنا.

إِذَا حَلَفْتُمْ ﴿١﴾ (المائدة: 89) ولم يقل: اذا حنثتم، يقتضي أن السبب إنما هو الحلف، فهذه القواعد هي مدارك العلماء في هذه المسألة.

تفريع: قال اللخمي: الحالف إن كان على بر: فأربعة اقوال: كراهية التكفير للمالك، والإجزاء له، والمنع ايضاً له، ويخصص الجواز بكفارة اليمين دون الطلاق والعتق والصدقة والمشي، ما لم تكن آخر طلقة، أو عبداً معيناً، وإن كان على حنث: فالإجزاء للمالك، وإن ضرب أجلاً فثلاثة اقوال: عدم الإجزاء في (الكتاب) لابن القاسم، والإجزاء له في كتاب محمد، والتفرقة بين اليمين بالله فيجزىء وغيره فلا يجزىء.

الحكم الثاني: لا يجوز ان يطعم جملة الطعام لمسكين واحد، وقاله (ش) وابن حنبل، وقال (ح): يجوز محتجاً بأنه سد عشر خلّات في محل، (فهو^(١) كسد عشر خلّات في محال) لأن المطلوب^(٢) سد الخلّة لا محلّها، وجوابه: أن النص صرّح بالعدد فيجب امتثاله، ولأن الوصي لو صرح بالعدد لم تُجز مخالفته اتفاقاً، فالله تعالى أولى بذلك، ولأنه يتوقع في العدد وليّ تستجاب دعوته، ويتعين ان تحفظ بنيته ما لا يتوقع في الشخص الواحد، فهذه المصالح هي الموجبة لتصريح الشرع بالعدد، فلا تهمل تصريحه.

الحكم الثالث: تلفيقها، قال اللخمي: اختلف قول ابن القاسم، لو أطعم خمسة وكساً خمسة: ففي (الكتاب): المنع، لأن الله تعالى خير بين الأنواع دون أجزاءها، وقاله^(٣) ابن حنبل و(ح)، وفي كتاب محمد: الإجزاء، قال: وهو أحسن، وقاله الحنفي^(٤)، لأن كل واحد من النوعين سدّ مسد الآخر، قال محمد: من عليه ثلاث كفارات، فأعتق وكسا وأطعم وأشرك في الجميع بطل العتق، ويعتد من الإطعام بثلاثة، ويكمل عليها سبعة، وكذلك الكسوة، ويكفر عن يمين بما احب،

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) في (ي): فان المقصود.

(3) هنا في (ي): وقاله ابن حنبل وابو حنيفة والشافعي، الا انه كتب فوقها بخط دقيق: خ - ط، يعني: خطأ.

(4) في (ي): (ح).

فان أحب ان يكسو عما بقي عليه، أو يطعم سبعة عشر، لأن الذي يحصل له ثلاثة، قال: وهذا غلط، بل يحتسب بثمانية عشر على القول بجواز التلقيق، وعلى المشهور: يحتسب بتسعة، لأنه أطمع عشرة عن ثلاثة أيمان يجزيه منها ثلاثة عن كل يمين، ويظل مسكين واحد للشركة فيه، وكذلك الكسوة، فعلى الأول: يجزيه اثنا عشر، وعن الثاني: يجزيه اطماع احد وعشرين او كسوتهم، وفي (الكتاب): من كسا وأطعم وأعتق عن ثلاثة أيمان، ولم يعين احدهما لأحدهما أجزاء، لأن النية لا تحتاج⁽¹⁾ الا عند الاختلاف، لأنها شرعت لتمييز مراتب العبادات عن العادات، أو مراتب العبادات في أنفسها، وأسباب الكفارات مستوية، ولا يجوز اخراج قيمة الكسوة لدلالة النص عليها كما في الزكاة.

الحكم الرابع: أجزاء التكفير عن الغير، ففي (الكتاب): المكفر عن غيره بغير اذنه او بغير أمره أجزاء كالتكفير على الميت، وقال (ش): يجزئه بإذنه دون عدم إذنه، لأن اذنه ينزل⁽²⁾ منزلة الوكالة في التملك والتكفير، وقال (ح): ان لم يذكر البدل لم يجزئه، ووافقنا في الإطعام والكسوة. لنا على الفريقين. أنه قام عنه بواجب؛ فوجب خروجه عن العهدة، كرد الوديعة والمغصوب عنه، ولأنه إحسان فيكون مأموراً به لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ (النحل: 90) وإذا كان مأموراً به يجزىء والا لَعَرِي⁽³⁾ الأمر عن المصلحة وهو خلاف الأصل.

الفصل الثالث: في المخاطب بالكفارة، وفي (الجواهر): هو المسلم، لعدم صحة العبادة من الكافر المكلف، لأنها من الواجبات على الحائث لتحقيق السبب بشرطه، وفي (التنبيهات): في يمين الصبي يحنث بعد البلوغ: تلزمه الكفارة، وينبغي أن يتخرج هذا على أن الحنث سبب أو شرط، وقال ابن حبيب⁽⁴⁾: ينعقد

(1) في (ي): انما تحتاج حيث الاختلاف.

(2) في (ي): ينزل.

(3) في (د): بعذر.

(1) في (ي): ابن حنبل.

يمين الكافر وتلزمه الكفارة حنث في الكفر أو في الإسلام ، لقول⁽¹⁾ عمر رضي الله عنه : يا رسول الله إني نذرت في الجاهلية أن أعتكف يوماً في المسجد ؟ فقال عليه السلام : أوف بنذك . ولأنه يستحلف عند الحاكم فينقذ يمينه كالمسلم ، والجواب عن الأول : أن مراده أيام الجاهلية بعد الإسلام ، ولم يقل : وأنا كافر ، وعن الثاني : الكفارة عبادة تفتقر الى نية⁽²⁾ ، فلا تلزمه (كالطلاق)⁽³⁾ وفي (الكتاب) : الكافر يحلف فيحنث بعد إسلامه⁽⁴⁾ : لا كفارة عليه ، وإذا أطعم العبد أو كَسَا بإذن سيده رجوت أن تجزئه ، وليس بالين لضعف ملكه ، والصوم أحب إلي ، ولا يجزئه العتق ، ولو أذن له السيد. لأن الولاء لسيدته ولو حنث وهو رقيق وكفر بعد عتقه أجزأه ، قال ابن يونس : قال ابن حبيب : إذا أذن السيد في الإطعام والكسوة لم يجزئه الصوم ، وقال أبو محمد⁽⁵⁾ : يجزئه على مذهب (المدونة) لضعف إذن السيد ، قال بعض الأصحاب : إذا أذن السيد ثم رجع قبل⁽⁶⁾ التكفير فله ذلك ، لأن الإطعام باق على ملكه حتى يخرج ، وقيل : إن كان العبد حنث لم يكن له الرجوع ، وإلا فله .

-
- (1) رواه البخاري في الاعتكاف، باب الاعتكاف ليلاً، ومسلم في الأيمان والنذور، باب من نذر في الجاهلية الخ عن ابن عمر.
(2) في (ي) : النية.
(3) زيادة من (ي).
(4) في (ي) : الإسلام.
(5) في (د) : وقال محمد.
(6) في (ي) : بعد، وهو تحريف.

كتاب النذر^(١)

وفي (الإكمال) : نذر بكسر الهمزة نذارة : علم بالشيء ، ونذرتُ لله تعالى نذراً بفتحها ومعناه : وعدت . وقال عرفة^(٢) : النذر ما كان وعداً على شرط ، فمن قال : لله عليّ دينار صدقة فليس بنذر ، فإن قال : إن شفى الله مريضاً ، فهو نذر ، وبه قال (ش) : ولم يجب الوفاء بغير المعلق وإن استجبه ، لعدم تناول النصوص إياه ، قال : وقال جماعة من الفقهاء : الوعد المجرد يسمى نذراً لقول جميل :

فليت رجالاً فيك قد نذروا دمي وهووا بقتلي يا بئس لقوني

وقال عنتره^(٣) :

الشامي عرضي ولم أشتمها والناذرين دمي ولم ألقاهما

ويتمهد فقه الكتاب ببيان الملتزم ، والملتزم ، وصيغة الإلتزام . فهذه^(١) ثلاثة أبواب .

(*) كذا البيت في النسختين محرف وهو من معلقته المشهورة ، وفي الديوان ص 154 بشرح شلي والأبياري طبع مصر : الشامي عرضي ولم أشتمها والناذرين إذا القيتها دمي .
ونبه الشارحان على رواية أخرى هي : إذا لم القها .

(1) في (ي) : النذور .

(2) في (د) : وقال ابن عرفة . وهو خطأ .

(3) في (د) : في هذه .

البَابُ الْأَوَّلُ في الملتزم

وفي (الجواهر) : هو المكلف المسلم ، لأن الصبي لا يتوجه عليه الوجوب ، والكافر لا يتوجه عليه العبادات أعني فعلها .

البَابُ الثَّانِي في الملتزم

وهو إما فعل أو ترك ، وكلاهما إما مندوب فيلزم أو واجب فهو على أصله لم يتغير بالنذر ، أو مكروه ، أو محرم فهو على أصله ، لقوله⁽¹⁾ عليه السلام في البخاري : (من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه) فخصص الوجوب بالطاعة . فتأثيره - عندنا - خاص بالمندوب⁽²⁾ كيف كان من جنسه ، واجباً أم لا ، وأوجب ابن حنبل في نذر المباح كفارة يمين ، لأنها عنده واجبة في نذر المعصية ، فقاس المباح بطريق الأولى ، ولأن امرأة قالت يا رسول الله⁽³⁾ : اني نذرت أن أضرب على رأسك بالدف ، فقال عليه السلام : (أوفِ بِنَذْرِكَ) إلا أنه خير بين فعل المباح وبين الكفارة ، وكذلك خير في نذر اللجاج

(1) البخاري في النذر، باب النذر فيما لا يملكوا في معصية. واحد في (المسند) عن عائشة رضي الله عنها.

(2) في (ي): بالمندوبات.

(3) رواه ابو داود في الأيمان والنذور باب ما يؤمر به من الوفاء بالنذر. وروى احمد في (المسند) ومسنده حسن.

ولم يشترط كون المنذور قرية ولا من جنسه واجب، والجواب عن الأول: منع الحكم في الأصل، وما ورد في قوله⁽¹⁾ عليه السلام: (ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه، وليكفر كفارة يمين) فالمراد: الإتيان بما يزيل الإثم من حيث الجملة، لأن الحسنات يذهبن السيئات، ولقوله⁽²⁾ عليه السلام: (مَنْ قَالَ: وَاللَّاتِ وَالْعُزَّى فَلْيَقُلْ: لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَمَنْ قَالَ: تَعَالَى⁽³⁾ أَقَامَرَكَ فَيُضْذَقْ) وعن الثاني: اظهار المسرة له عليه السلام به مندوب، وقال المتقدمون من الشافعية: لا يلزم بالنذر الا مندوب من جنسه واجب، احترازاً من تجديد الوضوء (لأنه ليس في الشرع وضوء)⁽⁴⁾ واجب من غير حدث، ونحو عيادة المرضى، وزيارة القادم، وإفشاء السلام، وقال متأخروهم: المندوبات كلها تلزم بالنذر إلا ما يفضي الى ترك رخصة احترازاً من نذر الصوم والإتمام في السفر، أو القيام في الصلاة للمريض، والمباحات التي يتصور وقوعها قربات كالأكل ليقوى على العبادة، وكذلك النوم. لنا: الحديث السابق، وقال الحنفية: لا بد أن يكون من جنسه قرية واجبة، كمقدمي⁽⁵⁾ الشافعية، ولم يشترطوا التعليق على الشرط خلافاً لـ (ش): وقالوا: المعلق إن كان شرطه⁽⁶⁾ قرية وجب الوفاء به، أو مباحاً أو معصية خير بينه وبين كفارة يمين، لنا: الحديث السابق، وهو يقتضي وجوب الطاعة على الإطلاق، وصفة العبادات كإطالة الركوع، والمباح الذي يمكن التقرب به، كالنوم لقيام الليل.

فرع، فإن التزم تحريم ما ليس بحرام كالطعام والشراب: قال في

(1) رواه النسائي في الإيمان والنذور، باب كفارة النذر، باسناد ضعيف.

(2) البخاري في الإيمان، باب لا يحلف باللات والعزى ولا بالطواغيت، وفي ابواب اخرى، ومسلم في الإيمان، باب من حلف باللات والعزى فليقل: لا اله الا الله، وابوداود في الإيمان والنذور، عن ابي هريرة.

(3) في (د): تعالى، وهي ساقطة من (ي).

(4) ما بين القوسين ساقط من (د).

(5) في (د): لمقدمي.

(6) في (د): شروطه.

(الجلاب): هو حلال ولا كفارة عليه، إلا ان يكون ذلك في أمة وبنوي به⁽¹⁾ عنقها فتعتق، وقال (ح) وابن حنبل: كفارة يمين في المأكول والمشروب دون الملبوس، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ - إِلَى قَوْلِهِ -: قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ (التحریم: 1) وقد حرم عسلا⁽²⁾ فأمره الله تعالى بالكفارة، وجوابه ما رَوَى ابْنُ وَهْبٍ (أَنَّهُ عَلَيْهِ⁽³⁾ السَّلام إِنَّمَا حَرَّمَ أُمَّ وَلَدَهُ) وقياساً على الملبوس.

(تفريع): وفي (الجواهر): ان التزم مطلق الصوم فيوم، إلا ان ينوي أكثر، أو مطلق الصلاة فركعتان، أو مطلق الصدقة: فأقل ما يتصدق به، أو الاعتكاف: فليلة ويوم، أو الصلاة قاعدة مع القدرة على القيام قَعْد، وفيه اشكال من جهة أن القعود ليس بقربة، أو اعتكاف ليلة، قال مالك: يلزمه يوم وليلة، لأن العرب تعبر عن اليوم بالليلة، لقوله⁽⁴⁾ عليه السلام: (مَنْ صَامَ رَمَضَانَ وَأَتْبَعَهُ بِسِتٍّ مِنْ شَوَالٍ) ولم يقل بستة، وناذر صوم نصف يوم أو بعض ركعة يتمهما، كالمطلق نصف طلقة، والمعتبر في النذر: النية، فإن عدت فالعرف، فإن كان لللفظ مقتضيان: ففي حمله على الأول أو على الأكثر قولان، نظراً إلى أن الأصل براءة الذمة، أو إلى الأحوط، ومتى التزم⁽⁵⁾ ما ليس في ملكه فالمشهور: لزومه إذا ملكه، وفي (المستقى): إذا لم يعين لنذره مخرجاً، فكفارة يمين، فإن قال: علي نذران: فكفارتان، والفرق بينه وبين اليمين: (أن⁽⁶⁾ موضوع اليمين) للتأكيد، والنذر للالتزام، فلذلك اتحدت الأيمان وتعددت النذور، وستأتي زيادة تقرير.

وفي (البيان): القائل: علي نذر: لا كفارة له إلا الوفاء به: عليه كفارة يمين، لأن الوفاء بهذا النذر المطلق⁽⁷⁾.

(1) في (د): وبنوي لهابه.

(2) في (ي): حلالاً.

(3) رواه النسائي في التفسير من السنن، وابن جرير في تفسير سورة التحريم، وأورده ابن كثير في تفسيره، وسنده صحيح.

(4) مسلم في الصيام، باب استحباب صوم ستة أيام من شوال الخ، عن أبي أيوب، وأبو داود في الصوم باب في صوم ستة أيام من شوال.

(5) في (د): الشمس، وهو تحريف.

(6) ما بين القوسين سقط من (ي) ولا بد منه.

(7) كذا. ولعل الصواب: مطلق

ثم انواع القربات التي يتسع الكلام فيها سبعة، النوع الأول: النسك، ففي (الكتاب): إن كلمتُ فلانا فعلي المشي، فكلمته لزمه المشي في حج أو عمرة، وقاله (ش) وابن حنبل، والمدرک: إما لأن الحج والعمرة العادة تلزم احدهما، وإما لأن دخول مكة لا يتأتى الا بالإحرام بأحدهما، فكأن اللفظ دالاً عليهما بالإلتزام، قال ابن يونس: وإحرامه من الميقات لا من موضعه، قال اللخمي: الناذر المشي إن نوى حجاً أو عمرة (أو طوافاً أو صلاة لزمه، ويدخل محرمًا إذا نوى حجاً أو عمرة⁽¹⁾) وإن نوى طوافاً يخرج دخوله محرمًا على الخلاف في جواز دخوله مكة حالاً، وناذر السعي وحده يختلف فيه: هل يسقط نذره أو يأتي بعمرة؟ لأن السعي ليس بقربة⁽²⁾ بانفراده، فيصحح نذره بحسب الإمكان، وإن نوى الوصول خاصة معتقداً أن ذلك قربة فلا شيء عليه، أو معتقداً عدم القربة فتكون معصية فيستحب له أن يأتي بذلك المشي في عمرة أو طواف ليكفر عنه، فإن التقرب الى الله تعالى بما ليس بقربة أو بقربة بدون شرطها كصلاة الحائض، أو جزئها كصيام نصف يوم معصية، لأنه سوء أدب مع⁽³⁾ الله تعالى، وإنما صححنا نذره بالتكميل، لأن القاعدة أن يصرف العاقل متى دار بين الإلغاء والإعتبار. وكان حمله على الاعتبار أولى، صونا للإنسان عن خطط الفساد، وإن لم يكن له نية، وكان من أهل المدينة: مشى في حج أو عمرة، لأنها عادتهم، فقام مقام الصريح، أو من أهل المغرب مشى في حج، لأنه عادتهم، وعلى أحد قولي مالك في أن اللفظ يحمل عند عدم النية على اللغة دون العرف: يسقط نذره، لأن المشي وحده ليس بقربة.

فرع، في (البيان): إذا نذرت المرأة المشي الى بيت الله تعالى، لزوجها منعها كما يمنعها التطوع، لأنها متعدية عليه، وفي (الكتاب): القائل: علي المشي، ولم يقل: الى بيت الله، إن نوى مكة مشى، والا فلا، لأنه متردد، فلا تتعين القربة الا بالنية، وكذلك السفر أو الانطلاق⁽⁴⁾، قال اللخمي: اختلف قول ابن

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) في (د): بعمره، وهو تحريف.

(3) في (ي): على.

(4) في (د): السير أو انطلاق.

القاسم في الإيجاب بالركوب، وأوجب أشهب بهذه كلها الحج أو العمرة، والقائل: إلى بيت الله، هو الكعبة، إلا أن ينوي غيره، لاشتهاره، ولا يلزم المشي إلا مَنْ قال: علي المشي إلى مكة، أو المسجد الحرام، أو الكعبة، أو الحجر، أو الركن، بخلاف الصفا والمروة، ومنى، وذو طوى، والحرام، وعرفة، ومزدلفة، وغيرها، من جبال الحرم (فلا يلزمه ذلك⁽¹⁾)، وقال ابن حبيب⁽²⁾: إن نذر المشي إلى بقعة من الحرم لزمه، والا فلا، قال اللخمي: وإن قال: علي ركوب إلى مكة فألزمه⁽³⁾ مالك مرة، ولم يلزمه أخرى، وإن قال: علي الذهاب⁽⁴⁾ أو السير أو الانطلاق إلى مكة لم يلزمه، وألزمه أشهب في ذلك كله الحج أو العمرة، وقال ابن القاسم أيضاً في المشي إلى مكة: لا شيء عليه، قال: ولا فرق بين هذه الألفاظ لدلالة جميعها على الوصول إلى مكة، فإن حمل قوله على العادة، وتأخر الوصول وهو في الحج أو العمرة لزمه ذلك في جميعها، والا لم يلزمه شيء، وقال أصبغ: يلزمه في ذلك كل⁽⁵⁾ ما هو في داخل القرية كالصفا والمروة والأبطح والحجون وقعيقان وأبى قبيس، فإنه لا وصول للبلد إلا بالإحرام، فاعتبر الدلالة المعنوية دون العادية، وقال ابن حبيب: تلزمه إذا سمى الحرم أو ما هو فيه لدلالته على القرية دون ما خرج عنها الأعراف، لأنه من مشاعر الحج، وألزمه ابن القاسم بالقرية دون الصفا والمروة، وهما داخلان فيها ومن المشاعر، وألزمه بالمسجد دون المقام وهو داخل المسجد، قال: وهو مشكل، لأن اللغة لا تقتضي ذلك، واستلزام القرية مشترك بينهما.

واعلم أن الظاهر أن ابن القاسم وجد في هذه الألفاظ عرفاً في زمانه فاعتبره، ثم زال وبقيت الفتوى، قال اللخمي: ونادر المشي لا يجزئه الركوب، لأنه أفضل، ونادر الركوب لا يجزئه المشي إن قصد نفقة ماله في الركوب وإلا

(1) ما بين القوسين ساقط من (د).

(2) في (ي): ابن حنبل.

(3) في (ي): وإن قال: علي الذهاب إلى مكة، أو السير أو الانطلاق أو إلى مكة.

(4) في (ي): والزم أشهب ذلك كله في الحج...

(5) في (ي): يلزمه في ذلك كله ما هو داخل القرية...

أجزاء، وإن قال: علي المشي أو الذهاب أو الانطلاق، بخير⁽¹⁾ بين المشي والركوب.

فرع: في (الكتاب): القائل: علي المشي الى بيت الله، إلا أن يبدو لي، أو أرى خيراً من ذلك، يلزمه المشي، وإن قال: إن شاء فلان فلا يلزمه إلا أن يشاء فلان، قال ابن يونس: إلا أن يتضمن نذره فعلاً⁽²⁾ نحو: إن كلمت زيداً، فينفعه ذلك، وكذلك الطلاق والعقاق، قال القاضي اسماعيل: لا ينبغي الخلاف في عدم اللزوم، لأنه معلق على مَشِيئة آدمي، وإنكر ذلك في (المبسوط) (وكذلك⁽³⁾ عبد الحق في (تهذيب الطالب).

(تمهيد): اعلم أن كلام (الكتاب) وابن يونس في غاية الخفاء على المحصلين فضلاً على المبتدئين، ومثل هذه الحجة العمياء، والداهية الدهياء: قول صاحب (الجلاب): القائل: إن كلمت فلاناً فعلي الحج الى بيت الله إن شاء الله، فكلمه، لم يلزمه شيء إن أعاد الاستثناء على كلام زيد، وإن أعاده على النذر لم يسقط عنه شيء، فإعادته على كلام زيد إما باعتبار وجوده أو باعتبار عدمه، والأول لا يسقط النذر لأنه لو لم ينطق بالمشيئة لكانت معلومة، فإنه من المحال أن يكلم زيداً إلا بالمشيئة، والمعلوم في حكم إذا صرح به لا يغير ذلك الحكم، والثاني، معناه: يلزمي الحج على تقدير الكلام إن أراد الله تعالى عدمه (وإن⁽⁴⁾ أراد الله تعالى عدمه) لا يقع بسبب (عدم)⁽⁵⁾ اللزوم، والتقدير وقوعه، فيتناقض قوله، والتقدير: أن كلامه لا تناقض فيه، وكشف الغطاء عن الحق أن يقال: الأسباب الشرعية قسمان: منها ما وضعه⁽⁶⁾ الله تعالى في أصل شرعه، ولم يكله الى خيرة خلقه، كالزوال للظهر، ورؤية الهلال للصوم، ومنها ما فوضه لخيرة عباده، فإن شأوا جعلوه سبباً والا فلا، وهو شروط⁽⁷⁾ التعليق، فمن شاء جعل دخول الدار سبباً

(1) في (ي): خير، وهو خطأ.

(2) في (ي): فعل، وهو تصحيف.

(3) ما بين القوسين سقط من (ي).

(4) ما بين القوسين سقط من (د)

(5) زيادة من (ي)

(6) في (ي): وصفه

(7) في (ي): شرط التعاليق

لطلاق زوجته بتعليقه عليه، ومن لم يشأ لم يكن⁽¹⁾ سبياً في حقه، وكذلك سائر النذور وغيرها، وكل سبب مفوض الى العبد لا يصير سبياً الا اذا جُزم بسببته، فمعنى عَوْدِ المشيئة على كلام زيد: أي لا أجزم⁽²⁾ يجعله سبياً إلا ان شاء الله تعالى جعله سبياً والا فلا، والله تعالى لم يشأ، لأنه لو شاء لجُزم العبدُ، فجعله سبياً، لأنه لا طريق لسببته الا ذلك، واذا لم يكن كلام زيد سبياً لا يلزم الحجج به، أما اذا أعاده على الحجج: فمعناه: اني جُزمت بجعله سبياً، فإن شاء الله تعالى لزمني الحجج به على تقدير⁽³⁾ الكلام. قلنا له: قد شاء الله بالضرورة. لأننا نعلم أن من أراد الله تعالى لسبب حكم فقد اراده بذلك الحكم، فمن أراد الله تعالى باصدار الصيغة المعتبرة في البيع فقد اراده بين⁽⁴⁾ نقل الملك بالضرورة، ومن اراده بالسرقة المعتبرة فقد اراده باستحقاق القطع، وكذلك سائر الأسباب والأحكام، وقد صحت⁽⁵⁾ فجعل الكلام سبياً للحجج، فنجزم نحن بأن الله تعالى أرادك بحكم هذا السبب، فيلزمك الحجج، ومعنى قوله في (الكتاب): الا ان يبدو لي، اي جُزمت بالإلتزام وان بدا لي نقضته، وهو اذا جُزم فلا خيرة له بعد ذلك، فان الإلتزام سبب وليس للمكلف خيرة في ابطال الأسباب الشرعية، ولا في اقتطاع مسبباتها، وبهذا يظهر الفرق بين هذا وبين قوله: عليّ الحج ان شاء فلان، لأنه لم يجزم بالسبب الذي هو الإلتزام، بل علق ذلك على شرط لم يعلم وجوده الى الآن، فاذا وجد انعقد السبب، فلو فرضناه جُزم باللزوم وقال: ان شاء فلان لم يلزمني شيء لم ينفعه، والى هذا المنهاج اشار ابن يونس، فهذه قواعد مجمع عليها عقلاً ونقلاً يخرج عليها كلامهم رحمهم الله، فعلى هذا اذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، أو عبدي حر إن شاء الله وان شاء زيد. أمكن انتفاعه بهذا الاستثناء، وعدم انتفاعه، ومعنى قول مالك واصحابه: إن المشيئة لا تنفع في الطلاق ونحوه، اي في

(1) في (ي): يجعله

(2) في (ي): في لا احرام لجعله، وهو تصحيف

(3) في (ي): تقديم

(4) في (ي): بنقل الملك، ولعله الصواب

(5) في (د): حرمت

حل السبب الملزم، كما يحل اليمين فلا تلزم الكفارة، اما اذا علق عليها سببية المسبب فيتعين الحزم بنفعها⁽¹⁾ وأن لا يختلف فيه، غير ان ابا الطاهر قال: إن المشيئة إن عادت الى الفعل دون اليمين فقولان: المشهور: انها لا تنفع، وهو يتجه اذا أعادها على الفعل باعتبار عدمه حتى يكون علق على كلام زيد على تقدير ارادة الله تعالى لعدمه، فيكون محالاً، فيجري فيه الخلاف في التعليق على المستحيل، أما على ما قرّرت⁽²⁾ فلا يتأتى الخلاف. ولهذا قال صاحب (المقدمات): وعلى ابن القاسم في قوله: ان صرف الاستثناء الى الفعل لا ينفع، درك عظيم، لأنه علق على صفة مستحيلة وهو فعل ما لا يشاءه الله تعالى، قال: والأصح من جهة النظر خلافه، واذا أحطت بهذه المدارك امكنت صرف كل فتيا الى مدرك يليق بها، ولا يشكل عليك بعد ذلك شيء⁽³⁾.

(تنبيه). قول الأصحاب: التعليق على مشيئة الله تعالى تعليق على مشيئة من لا نعلم مشيئته، بخلاف التعليق (على⁽⁴⁾ مشيئة) آدمي هو على العكس، لأن متعلق مشيئة الله تعالى إما الوجود، وإما العدم، والواقع أحدهما بالضرورة، وهو مراد الله تعالى بالضرورة، فمشيئة الله تعالى معلومة بالضرورة، أما مشيئة غيره: فإنها تعلم بإخباره، وهي⁽⁵⁾ لا تفيد العلم بل الظن، فعلم أن مشيئة الله تعالى معلومة، ومشيئة غيره غير معلومة.

فرع، في (الكتاب): ناذر المشي حافياً يتعل، ويستحب له الهدي، لأنه عليه⁽⁶⁾ السلام رأى امرأة تمشي حافية ناشرة رأسها (فاستتر منها بيده وقال: ما شأنها؟ فقالوا: نذرت ان تحج حافية ناشرة رأسها)⁽⁷⁾ فقال عليه السلام: فلتتخمر

(1) في (ي): بنفسها

(2) في (د) قرن به، وهو تصحيف

(3) في (د): شيئاً

(4) زيادة من (د)

(5) في (ي): وهو

(6) رواه البخاري في الحج، باب من نذر المشي الى الكعبة، ومسلم في النذر، وابوداود في الايمان والنذور. والترمذي في النذور والايان، والنسائي في الايمان والنذر. عن عتبة بن عامر.

(7) ما بين القوسين ساقط من (ي)

ولتستعمل ولتمش). ونظر⁽¹⁾ عليه السلام الى رجل يمشي الى الكعبة القهقري ، فقال: (مره فليمش لوجهه) وان قال: ان فعلت كذا وكذا حملت فلاناً الى البيت، وأراد التعب بحمله، حج ماشياً وأهدى، وليس عليه إحجاج الرجل، وإلا حَجَّ ركباً وأحج الرجل معه ولا هدي، فإن امتنع (الرجل، تركه ولا شيء عليه، وانه نوى إحجاج الرجل من ماله: فليس عليه إلا إحجاجه، فان امتنع)⁽²⁾ سقط النذر: والناذر حمل عمودٍ او غيره الى مكة طلب المشقة: يحج ما شاء غير حامل شيئاً ويهدي، قال ابن يونس: اذا اراد التعب بحمل الرجل، قال بعض شيوخنا: يستحب الهدى كهدي ناظر الحفا، واذا لم يرد حمله: قال بعض فقهاءنا: انما يلزمه الحج بنفسه اذا نوى ذلك. ثم اذا تعين المشي: فالكلام في مبدأه ومنتهاه والعجز عنه، فهذه ثلاثة اطراف: الطرف الأول: المبدأ، وفي (الكتاب): يمشي الخالف من مكان حلقه، لأنه موضع السبب، إلا ان ينوي غيره، وان قال: إن كلمت فلاناً فانا محرم بحجة أو عمرة، فكلمه في غير أشهر الحج لم يلزمه الحج إلا الى أشهر الحج، الا ان ينوي من حين حنثه، وان كان في غير أشهر الحج، ويحرم بالعمرة وقت حنثه الا ان تبعد⁽³⁾ الرفقة ويخاف فيؤخرها حتى يجد فيحرم، ويحرم بالحج والعمرة من موضعه، لا من ميقاته الا ان ينوي، وقد تقدم في الحج ان الميقاتة المكاني اخف من الزماني، وتقدم تقريره، فلذلك قال: يؤخر الى الأشهر⁽⁴⁾ دون الميقاتة المكاني، والقائل: أنا محرم يوم افعَل كذا ففعل فهو محرم في ذلك اليوم توفية بمقتضى الصيغة، قال ابن يونس: قال محمد: لو⁽⁵⁾ حَلَف بمصر وحنث بالمدينة فليرجع الى مصر حتى يمشي، قال عبد الملك: اذا حنث ببلد الحلف فليمش من تلك المدينة من حيث شاء. قال محمد: وان حنث بغير البلد الذي حلف فيه - وهو ممن لا يقدر على المشي - فليرجع الى ذلك البلد ثم يمشي فيه ما قدر، ثم

(1) لم اجد فيه فيما لدي من مصادر

(2) ما بين القوسين سقط من (د)

(3) في (ي): يفقد

(4) في (ي): اشهر الحج

(5) في (ي): ان

يركب ويهدي، قال اصبغ: ان كان قريباً وليس عليه فيه مضرة رجع، وإلا مشى من حيث حنث⁽¹⁾ وأهدى، قال محمد: قال مالك: وله ان يمشي في طريق أخصر من طريق، قال اللخمي: ان انتقل الى بلد آخر مثله في المسافة مشى منه، لأن المقصود عدد الخطى في القرية، فإن انتقل الى أقرب منه باليسير فليل: يُجزئه، وقال ابو الفرج: يهدي هدياً ويجزئه، وان كثر البعد لم يجزه، واذا قال: عليّ المشي الى مكة وهو بها. خرج الى الحل وأتى بعمرة، لأن المفهوم من قوله: أن يأتي إليها: من غيرها، وأقل ذلك اوائل الحل، والقائل؛ على المشي الى المسجد، وهو بمكة، مشى الى المسجد من موضعه، وقال مرة: يخرج الى الحل، وان قال - وهو في المسجد -: عليّ المشي الى مكة، خرج الى الحل ودخل بعمرة، وقال سحنون: اذا قال: فأنا محرم فهو محرم بنفس الحنث وهو الحج والعمرة، وان قال: انا احرم، لم ينعقد عليه بنفس الحنث حتى يحرم، وقال: عليه ان يحرم وان لم يجد صحبة، والقائل: انا محرم يوم أكلمه، ولا يكون محرماً بمضي ذلك اليوم، ويجري فيه الخلاف بين مالك وسحنون، وقال ابن يونس: الخالف بصقلية، قال ابو عمران: يلزمه المشي من اقرب البر الذي يليه من افريقية، وهو بين، لأنه العادة في حلفهم، وقيل: من الإسكندرية، لأنهم انما يأتون افريقية للتجر، وقوله: لا يحرم حتى تدخل أشهر الحج، محمول على ما اذا كان يصل، اما البلد البعيد: فيحرم في الوقت الذي يصل فيه، وقال ابن القاسي: يخرج من بلده غير محرم. ويحرم حيث ادركته أشهر الحج، والأول لأبي محمد، وهو اولى، لأنه المفهوم من قوله: إن كلمت فلاناً فأنا محرم بحجة.

الطرف الثاني: نهاية المشي، ففي (الكتاب): يمشي في العمرة حتى يسعى، وان ركب بعد السعي فلا شيء عليه، وفي الحج الى طواف الإفاضة، (وقاله⁽²⁾ (ش) لفراغ) اركان النسكين، وله الركوب في رجوعه من مكة الى منى، وفي رمي الجمار بمنى، وان آخر طواف الإفاضة، فلا يركب في الرمي⁽³⁾ لبقاء ركن الحج،

(1) في (ي): شاء

(2) في (ي): الافاضة لفوات اركان... وما بين القوسين من (د).

(3) في (ي): في الرمي للحج لبقاء ركن...

وله الركوب في حوائجه كما يركب في المدينة، فإن المشي⁽¹⁾ إنما هو قرية في آخر العبادة، وإذا ذكر حاجة نسيها ركب في رجوعه لها، ويركب في المناهل، قال ابن يونس: قيل لابن القاسم: لم⁽²⁾ لا ينتهي مشيه إذا انتهى إلى البيت وهو إنما ألزم نفسه المشي إلى البيت؟ قال: لأن الله تعالى يقول في الهدي: ﴿ثُمَّ مَحَلُّهَا إِلَى الْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ (الحج: 33) ومحلها في الحج: منى.

الطرف الثالث: في العجز عن المشي، ففي (الكتاب): يركب فيما عجز، فإذا استراح نزل ثم يمشي ثانياً فيما ركب فقط، ويهدي لتفريق المشي، قال ابن عباس: ينحر بدنة، فإن عجز عما بقي عليه من المشي ثانياً لم يعد ثالثة، وأهدى⁽³⁾، ولو علم في الثانية عجزه عن المشي: قعد وأجزأه الهدي، فإن علم عجزه ابتداء: فإن كان شيخاً زمناً أو امرأة ضعيفة أو مريضاً ايس⁽⁴⁾ من الثراء: خرج راكباً ومشى ولو نصف ميل، وأجزأه مع الهدي بعد ذلك، لقوله⁽⁵⁾ عليه السلام: (إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم) وإذا رجا المريض قدرة على المشي انتظرها، وإذا مشى حجه كله وركب في الإفاضة، أو ركب الأميال للمرض، لم يعد ثانية وأهدى، ولو مشى السعي فقط قضى مشيه قابلاً فيما ركه (قال⁽⁶⁾ ابن يونس): لأنه ركوب كثير، ولأن ركوبه في مواضع الحج أسهل ممن ركب في الطريق اليوم واليومين، قال مالك: ويهدي أحب إلي من غير إيجاب، ولم ير (عليه⁽⁷⁾ الهدي) مثل من عجز في الطريق عجزاً يوجب الرجوع، لأنه بلغ مكة وطاف وتم مشيه عند بعض الناس، وفي (الكتاب): (يرى عليه الهدي⁽⁸⁾) والرجل والمرأة سواء، وله جعل مشيه الثاني

(1) في (ي): فإن المشتري بها في آخر العبادة، وهو مصحف وناقص.

(2) في (ي): قال ابن القاسم: لا ينتهي، وهو تحريف.

(3) في (ي): وليهدي.

(4) في (ي): يش.

(5) رواه مسلم في الحج، باب فرض الحج مرة في العمر، والنسائي في الحج، باب وجوب الحج.

ورواية المصنف هنا بالمعنى. والحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه، وقد تقدم.

(6) زيادة من (د).

(7) في (ي): ولم يره مثل من عجز...

(8) ما بين القوسين سقط من (د).

في غير ما مشي فيه اولا إن أبهم نذره، وإلا ففي مثل الأول لتعيينه، ولا يجعل الأول ولا الثاني (في)⁽¹⁾ فريضة، قال ابن يونس: قال محمد: اذا مشى الطريق كله في عوده فلا هدي عليه، لأنه لم يفرق مشيه، قال ابن حبيب: من ركب ليقص الطريق من غير عذر اهدى بخلاف العذر، قال⁽²⁾ ابو الطاهر: وظاهر المذهب: لا فرق بين العذر وغيره، وقد نص عليه في كتاب محمد، وليس هذا مثل صيام المتتابع، لأنه لو لم يصل المشي المتتابع اجزأه، والقاعدة: ان العبادة تلزم بالشروع كما تلزم بالنذر، وانما جعله يمشي ثانيا في حج أو عمرة اذا كانت يمينه مطلقة، لأن رجوعه لنذره لا لما شرع فيه، قال ابن حبيب: والهدي ها هنا بدنة، فإن لم يجد فبقرة، فإن لم يجد فشاة، فإن لم يجد فصيام عشرة أيام متى شاء، وتجزى شاة مع القدرة على الثلاثة، قال اللخمي: اما اذا كان المشي نصف الطريق فأكثر، قال عبد الملك: يمشي الطريق كله، ونحوه لملك، وان كان نذره من مكان بعيد نحو مصر فلملك في رجوعه قولان، قال: وعدم العود أحسن لعدم المشقة، كما انه لو كان من المغرب لم يعد بحال، وهذا كله في المضمون، أما عام تعيينه فلا يقضي ولو مرضه كله، وان حضر خروج الحاج وهو في القرب مثل المدينة وهو مريض، خرج راكبا، وان كان مضمونا آخر لعام آخر، ولو نوى المريض ان يمشي قدرته لم يكن عليه هدي، وكذلك الشاب الضعيف القوة، والمرأة الشابة التي مشيها عورة، تمشي الأميال عزلة عن الناس ثم تتركب وتهدي، وقال ابن حبيب: له جعل المشي الثاني في حج إذا نوى الأول في عمرة، لاندرج العمرة في الحج.

فرع، في (الكتاب): الناذر من المشي ما لا يبلغه عمره يمشي ما قدر عليه ويتقرب الى الله بما قدر عليه من خير له، لقوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ (التغابن: 16)⁽³⁾، قال ابن يونس: قال بعض فقهاءنا: إن عجز هذا وركب لا يرجع ثانية لأجل ركوبه، وعليه الهدي لذلك، لأنه يرجع فيما عليه من النذر، قال ابو محمد: فله ان يجعل الثاني في حج أو عمرة، لعله يريد: إن لم يركب اولا في حجته

(1) ساقطة من (ي).

(2) في (ي): قال: وظاهر الكتاب .

(3) ما بين القوسين آخر في (ي) الى آخر الفرع.

في المناسك، ولو ركب بمنى وعرفة ومزدلفة في حجه الأول، كيف ينبغي أن يجعل الثانية في عمرة وهو لا يصل ان يمشي ما ركب، وعن سحنون: لا يجعل الثانية في عمرة لأنها أقصر من عمل الحج، يريد: إن كان مشيه في غير المناسك.

فرع: في (الكتاب): اذا نوى بحجه فرضه ونذره أجزأه لنذره وقضى فرضه، أو قارنا العمرة لنذره والحج لفرضه لم يجزه من الفرض، وعليه دم القرآن، وقال اللخمي: وبمالك في القارن: يجزيء في النذر ويقضي الفرض لقوته، وله ايضا: لا يجزيء عنها للتشريك، قال: وأرى ان يجزيء عنها، لأن القرآن لا يحل بفريضة الإسلام، وكل ما جاز تطوعا حاز وفاء النذر به، قال ابن يونس: قال محمد في المفرد: هذا اذا لم يكن ينوي بنذره حجا ولا عمرة، وأما اذا نوى فلا يجزيء عنها، لأنه لو مشى بحج لنذره فقاته لم تجزئه عمرة التحلل عن مشيه، فكذلك ها هنا، لأنه يصير لكل واحد منهما نصف حجة، وهما حجتان، أما اذا لم ينو فهو الذي قال فيه: يجزئه لنذره، وقال عبد الملك: يُعيدهما جميعاً استحساناً، وقال المغيرة: يجزئه عن الفريضة⁽¹⁾ لأنها اولى باستحقاق العمل، ويعيد النذر، قال محمد: فلو احرم بفريضة الحج ونوى مشيها لم يلزمه ذلك الا بنذر، قال: ويلزم ذلك في المحرم بنافلة ينوي قيامها، فله صلاتها جالسا، وكذلك لو نوى قراءة سورة طويلة.

النوع الثاني: اتيان المساجد، ففي (الكتاب): القائل: علي اتيان المدينة، أو بيت المقدس، أو المشي اليهما، فلا يأتيهما حتى ينوي الصلاة في مسجديهما أو ينوي فيهما، أو يسميهما لتعيين القرية أو ما يلزمها، وان لم ينو الصلاة فيهما أتاها رابكبا ولا هذي عليه، ولو نذر الصلاة في غيرهما من المساجد صلى بموضعه، وقاله (ش) وابن حنبل، قال اللخمي: قال ابن وهب: عليه ان يأتي مسجد المقدس والمدينة ماشياً، وقال محمد: ان قرب مشى، وقال القاضي اسماعيل: ناذر الصلاة في المسجد الحرام لا يلزمه المشي، قال: والمشي في ذلك كله احسن، لأن المشي في القرب قرية، ومقتضى أصل مالك يأتي المكي المدينة لأنها أفضل، فإتيانها من مكة قرية بخلاف الإتيان من المدينة اليها، وقدم⁽²⁾ (ش) وابن حنبل: المسجد الحرام

(1) في (ي): لفرضه، لأنه ...

(2) في (ي): ونذر، وهو تحريف.

عليها، فإن قال: علي المشي⁽¹⁾، ولم يذكر مسجداً، فلا شيء عليه عند ابن القاسم، وعند اشهب: عليه المشي الى مكة، قال ابن يونس: يمشي الى غير الثلاثة ان كان قريباً كالأميال الثلاثة اليسيرة ماشياً ويصلي فيه، قال ابن حبيب: ان كان بموضعه مسجد جمعة لزمه المشي اليه، وقاله مالك، وبه افق ابن عباس في مسجد قباء، وهو من المدينة على ثلاثة أميال، وفي (الجواهر): الناذر المكي أو المدني الصلاة في بيت المقدس، يصلي في مسجد موضعه، لأنه افضل، والمقدسي يمشي اليهما، والمديني الى مكة، والمكي الى المدينة، للخروج من الخلاف، وأصل هذا الباب: قوله⁽²⁾ عليه السلام: (لا تُعمل المطي الا لثلاثة مساجد) فذكر مسجده عليه السلام ومسجد إيليا والمسجد الحرام، فاقضى ذلك عدم لزوم المشي الى غيرها، فإن كل ما وجب المشي اليه وجب اعمال الركاب اليه، والا فلا.

قاعدة. النذر - عندنا - لا يؤثر الا في مندوب فمّا لارجحان في فعله⁽³⁾ في نظر الشرع لا يؤثر فيه، وسائر المساجد مستوية من جهة انها بيوت التقرب الى الله تعالى بالصلاة، فلا يجب الإتيان الى شيء منها لعدم الرجحان، ويختلج في نفس الفقيه: أن المساجد افضل من غيرها اجماعاً، وبعضها افضل من بعض باعتبار كثرة طاعة الله فيها، إما لقدم هجرته أو لكثرة جماعته او لغير ذلك من اسباب التفضيل، ومقتضى ذلك: وجوب الصلاة فيها بالنذر لأجل الرجحان في نظر الشرع، ويندفع هذا الإشكال بأن القاعدة الشرعية: أن الفعل قد يكون راجحاً في نفسه، ولا يكون ضمه لغيره أو ضم غيره له راجحاً، وقد يكون، فمن الأول: الصلاة والحج راجحان، وليس ضمهما راجحاً في نظر الشرع، وكذلك الصوم والزكاة، بل قد يكون الفعلين راجحين وضمهما مرجوح، كالصوم، ووقوف عرفة، والتنقل، وصلاة العيد في المصلى، والركوع، وقراءة القرآن، والدعاء، وبعض أجزاء الصلاة، وما

(1) في (د): المسجد.

(2) مالك في (الموطأ) في الجمعة، باب ما جاء في الساعة... يوم الجمعة، وابو داود في الصلاة.

باب فضل يوم الجمعة الخ عن بصرة بن ابي بصرة. وهو صحيح.

(3) في (د): فعله، وهو تصحيف.

رُجِح منفرداً ومضموماً: الصوم والاعتكاف والتسييح والركوع ونحو ذلك، فاعتقاد رجحان المساجد على غيرها، أو رجحان بعضها على بعض، لا يوجب اعتقاد رجحان ضم الصلاة إليها، لأن اعتقاد الرجحان الشرعي يوقف على مدرك شرعي (بتوقيف على مدرك شرعي⁽¹⁾) ولم يرد بل ورد الحديث المتهتم بعد ذلك.

النوع الثالث: الهدايا، وفي (الكتاب): القائل: علي هدي، فما نَوَى والبدنة، فإن لم يجد فبقرة، فإن لم يجد فشاة، ولو قال: بدنة فلم يجدها فبقرة، فإن لم يجدها فسبع من الغنم، فإن لم يجد فلا يجب صوم، فإن أحب فعشرة أيام، لأنها بدل في دماء الحج، فإن أيسر فعل ما نذر، وإن قال لِحُرٍّ: إن فعلت هذا أهديتك إلى بيت الله فيحنت⁽²⁾ فعليه هدي، قال علي رضي الله عنه: شاة تصحيحاً لتصرف المكلف بأقرب وجوه الإمكان، فإن قال: عبد فلان أو داره أو شيء من ماله هدي فحنت فلا شيء عليه، لقوله⁽³⁾ عليه السلام: (لا نَذَرُ في مَعْصِيَةِ اللَّهِ، وَلَا فِيمَا لَا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ) قال اللخمي: قال مالك في الحج: القائل: علي هدي، يجزئه شاة. والمدرك: هل ينظر إلى أعلا مراتب الهدى احتياطاً أولاً قلّه؟ لأن الأصل براءة الذمة، كمن نذر شهراً فقليل: يصوم ثلاثين، وقال ابن عبد الحكم: تسعة وعشرين، وهي قاعدة أصولية: إذا علق الحكم على اسم هل يقتصر على أدناه أو يرتفع لأعلاه؟ وقال ابن نافع: لا تجزئه البقرة عند العجز، لأن الناس لا يعرفون البدن إلا من الإبل، وإن صدقت على البقر لغة قاله الخليل، ودليل الغنم، حديث⁽⁴⁾ جابر، نحرنا مع النبي عليه السلام البدنة عن سبع والبقرة عن سبع. وقال مالك أيضاً: إذا أعسر صام عشرة أيام إن قال: علي هدي، وإن قال: علي بدنة: صام سبعين يوماً، وقال أشهب: إن أحب صام تسعين⁽⁵⁾ يوماً (وقال⁽⁶⁾ أشهب

(1) زيادة من (د).

(2) في (ي): فيجب عليه، وهو تصحيف.

(3) رواه النسائي في النذر باب كفارة النذر. ورواه أيضاً مسلم في النذر باب لا وفاء لنذر في معصية الله وفيما لا يملك العبد. عن عمران بن حصين رضي الله عنه.

(4) مسلم في الحج، باب الاشتراك في الهدى، ومالك في (الموطأ) في الضحايا، باب الشركة في الضحايا عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(5) في (د): سبعين.

(6) ما بين القوسين سقط من (ي).

ان احب صام سبعين) او اطعم سبعين مسكينا، لأن الكفارات لكل يوم مسكين، وفي (الكتاب): القائل: لله علي نحر جزور ينحرها مكانه، وكذلك اذا قال: بالبصرة، وسوق البدن الى غير مكة من الضلال، وقال ايضا: ينحره حيث نوى لتعلق حق (تلك⁽¹⁾) المساكين بها، قال ابن حبيب: والخالف بصدقة ماله على بلد يتصدق⁽²⁾ به على مساكين تلك البلد، والبحث ها هنا كالبحث في إتيان غير المساجد الثلاث، وقد تقدم، والناذر هديا معينا يوفي به إن كان يبلغ سالما من العيوب، وفي (سنن الهدي): ويبعث الإبل وان بعد الموضع، وان لم يبلغ، بيع واشتري بثمانه من الإبل ان بلغ، أو من البقر، والا فمن الغنم، والا تصدق بالثمن عند ابن القاسم حيث شاء، وقال مالك: يجعله فيما تحتاج اليه الكعبة، قال: والراي⁽³⁾ أن يتصدق به بمكة، ولو شرك به في هدي لكان له وجه، ويشترى بموضع يرى انه يبلغ أصلح، ولا يؤخر الى موضع أعلا إلا أن يتعذر سائقه فيؤخر الشراء الى مكة ثم يخرج به الى الحل لأنه شرط الهدي، وان وجد شراء الأقل ببعض الطريق وشراؤه بمكة يوجد أفضل، اشترى الآن وسبق الى مكة، وان كان الأول خمسا او ستا من الغنم ووجد بثمانها بقرة اشتراها، وان كانت ثمانيا فاكثر فشراؤها افضل من شراء البدن ان كفاها الثمن، لأن البدنة جعلت عن سبع فالسبعة افضل.

وان نذر عبدا او دارا بيعت واشترى من موضع هو أصلح، قال اشهب: ان نذر بدنة عوراء او عرجاء معينة أهداها، أو غير معينة اهدى سليمة، قال: وأرى المعين وغيره سواء اذا قصد القرية والا فهو نذر معصية، وفي (الكتاب): القائل: لله علي نحر بدنة أو هدي ينحر بمكة، وان قال: جزور، نحر بموضعه، لأنه لفظ لا يختص بمكة، وإن نوى موضعا أو سماه لا يخرجها اليه، كانت معينة او غير معينة، وناذر مال غيره لا شيء عليه، أو ماله يشترى بثمانه هديا، فان بعث به اشترى بثمانه هناك، فان لم يبلغ هديا فأقله شاة، أو فضل عنه مالا يبلغ هديا دفع

(1) زيادة من (د).

(2) في (ي): فلا يتصدق به على مساكين ذلك البلد، وفيه تحريف.

(3) في (ي): وأرى، ولعله الصواب.

لَحَزَنَةُ الكعبة ينفق عليها، قال ابن القاسم: ان احب تصدق به حيث شاء، وأعظم مالك ان يشرك مع الحَجَّبة غيرهم، لأنها ولاية منه عليه السلام لدفعه⁽¹⁾ المفاتيح الى عثمان بن طلحة، وان خاف على المنذور هديا عدم الوصول للبعد: باعه واشترى بثمان الغنم غنما، وبثمان الإبل ابلا، وبثمان البقر بقرا، ويجوز ان يشتري بثمان البقر ابلا، لأنها لما بيعت صارت كالعين، وأكره شراء الغنم بثمانها حتى يعجز عن البدن والبقر من مكة او من موضع تصل. وان ابتاعها من مكة أخرجها للحل ثم أدخلها الحرم، لأنه شرط الهدي، وفي (الجواهر): القائل: علي هدي: إن نوى شيئا فعله والا فبدنه، فإن لم يجد فبقرة، فان لم يجد فشاة، وقال اشهب: ادنى ما يجزئه شاة الا أن ينوي افضل منها.

فرع: في (الكتاب): القائل: إن فعلتُ كذا فاني أنحر ولدي، فعليه كفارة يمين، قاله ابن عباس نظرا لفداء إسحق عليه السلام، أو لأنه نذر لا مخرج له لتعذر هذا المخرج شرعا، ثم رجع مالك فقال: فلا شيء عليه الا ان يريد التقرب بالهدي فيهدي، والقائل: انحر ولدي بين الصفا والمروة أو بمنى فعليه الهدي، لأن طرق مكة وفجاجها كلها منحرٌ، فصار للفظ دلالة على التقرب بالهدي، لكن بما لا يجوز التقرب به فيسقط الخصوص لتعذره شرعا، ويبقى العموم سالما عن المعارض، وهو مفهوم الهدي، فيوفي به، ويلزمه في أبويه ما يلزمه بالولد، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: وكذلك الأجنبي، وقال بعض فقهاءنا: انما يهدي في الولد اذا ذكر فعلا، نحو قوله: إن فعلت، واما قوله: علي نحر ولدي لله، فلا شيء عليه، لأنه نذر معصية، قال: والكل عندي سواء⁽²⁾، والصواب: أن لا شيء عليه إلا ان ينوي⁽³⁾ وجه الهدي، وفي (الجواهر): لو كان للحالف عدة اولاد أهدي عن كل واحد منهم هديا، وقيل: يكفي هديٌ لجميعهم.

(1) رواه ابن سعد في (الطبقات) (ق 1 ج 2/99) والواقدي في (المغازي) ص 339 طبع اوربا، وفي الواقدي كلام معروف.

(2) كذا، ولعل (لا) زائدة. فتأمل.

(3) في (ي): صواب

(4) في (ي): إلا أن يريد وجه الهدي.

النوع الرابع: الضحايا، في (الجواهر): القائل: الله علي ان اضحي ببذنة، لم تقم مقامها بقرة مع القدرة، وفي اخراجها مع العجز خلاف، وفي اخراج سبع من الغنم عند العجز عن البقرة خلاف، وفي (الكتاب): الإجزاء فيها.

تنبيه: الأصل في النذر أن لا يجزى عنه غيره وإن كان أفضل منه عند الله تعالى، فنادر التصديق بدرهم لا يجزى عنه ألف، وكذلك سائر المندوبات، لأن النذر واجب، وفعل غيره غير واجب، وغير الواجب لا يجزى عن الواجب، خولفت هذه القاعدة في هذه المسألة المتقدمة على الخلاف، وفي نادر الركوب: يجزئه المشي، وليس منه نادر الصلاة في المقدس وهو بالحرمين، فإنه يصلي مكانه، لأن الخروج من الحرمين للصلاة في غيرهما ليس قرينة، فلم ينعقد النذر في أصله، لأنه عوض عما وجب بالنذر.

النوع الخامس: الرباط، ففي (الكتاب): نادر الرباط أو الصوم بموضع اتیانة قرينة: كعسقلان والاسكندرية، يلزمه ذلك، وإن كان من أهل مكة والمدينة، لأن الرباط فيها للعدو، وليس فضيلة في غيرهما، قال اللخمي: ولو نذر المكّي اتیان هذه للصلاة فقط ويعود، صلى⁽¹⁾ موضعه ولم يأتها. وفي (الجواهر): ولا يلزمه المشي ها هنا وإن سماه، لعدم الدليل على كونه قرينة في الرباط.

النوع السادس: الصدقة⁽²⁾، ففي (الكتاب): القائل: الله علي أن أهدي مالي، أو مالي صدقة في سبيل الله، أو أهدي، أو حلف فحنث، أجزأه الثلث، وقاله ابن حنبل، وإن سمي داراً أو دابة أو غيرهما أخرجه، وإن احاط بماله، فكذلك إن سمي حراً ولو كان أكثر من ثلاثة أرباعه، ما لم يقل: الكل، لما في (الموطأ⁽³⁾): أن أبا لبابة حين تاب الله عليه قال يا رسول الله: أهجر دار قومي التي أصبت فيها الذنب، واجاورك وأنخلع من مالي صدقة الى الله والى الرسول⁽⁴⁾؟ فقال

(1) في الأصلين: على، وهو تصحيف.

(2) في (ي): الصدقة بالمال.

(3) في الأيمان والنذور، باب جامع الأيمان، عن محمد بن شهاب الزهري بلغه ان أبا لبابة... وهو بلاغ، وفي سنده انقطاع وجهالة.

(4) في (ي): رسوله.

له عليه السلام: (يجزئك⁽¹⁾ من ذلك الثلث)، فقله ﷺ: يدل على انه التزم الصدقة بجملة المال) لأن الاجزاء فرع شغل الذمة، فاذا عين شيئا اخرجه، لأنه يجوز أن يدخل في ملكه ما لا يعلمه بالميراث، والأصل: الوفاء بالصيغة، وفي الصحيحين⁽²⁾ (لَا صدقة إلا عن ظهر غنى، وابدأ بمن تعول) فتكون الصدقة بكل المال غير مطلوبة للشرع، فلا تلزم بالنذر.

فرع، قال صاحب (تهذيب الطالب): اذا أخرج الثلث أنفق عليه من عنده كالزكاة، وقيل: من الثلث، قال ابن يونس: هو كذلك إن قال: هدي، وإن قال: صدقة وليس بالموضع مساكين: قال مالك: النفقة من الثلث ايضا، ولو قال: الثلثان فلا خلاف أن النفقة من عنده، قال: وينبغي ان لا فرق، لأن من أوجب هدياً فقد أوجب على نفسه ايصاله، وروي عن عائشة رضي الله عنها: تلزمه في صدقة⁽³⁾ ماله كفارة يمين، وعن ابن⁽⁴⁾ مسلمة: زكاة ماله، وقال ابن نافع: من تصدق بيمين، وهو ماله كله: اخرج الثلث، وروي عن مالك: إذا سمي أكثر من الثلث اقتصر على الثلث، قال صاحب (البيان): وروي عن مالك: ان كان موسراً فالثلث، والا فربيع عشره، أو مُعدماً فكفارة يمين، والحالف بصدقة ما يكتسبه أبدا فيَحْتِث فلا شيء عليه اتفاقاً، فإن قيده بمدة أو بلدة فكذلك عند ابن القاسم، وقال ايضا: يتصدق بالثلث، وإذا⁽⁵⁾ قال: كل مال أملكه الى كذا من الأجل، صدقة فخمسة اقوال: ثلث ما يملكه الآن وما يملكه في المستقبل، لابن عبد الحكم، وثلث ما له الآن وجميع ما يملكه الى ذلك الأجل، لابن القاسم، وثلث ما يملك الآن فقط، وجميع ما سيملكه فقط، ولا شيء عليه مطلقاً، ومنشأ الخلاف: لفظ: أملكه

(1) محل ما بين القوسين بياض في (د).

(2) البخاري في الزكاة، باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى، وفي النفقات وغيرها، وابو داود في الزكاة باب الرجل يخرج من ماله، والنسائي، ولم يوجد عند مسلم، عن ابي هريرة، ولفظه: خير الصدقة ما كان... وهو بلفظ: لا صدقة. في البخاري تعليقا.

(3) في (د): الصدقة ماله.

(4) في (ي): اي.

(5) في (ي): ولو.

هل هو موضوع للحال، أو الاستقبال أو لهما وكله نقله النحاة، وأما اذا نذر الصدقة بجميع ما يفيد الى مدة، أو في بلده⁽¹⁾ أخرج ذلك قولاً واحداً، لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة: 1) وقوله تعالى: ﴿وَمِنْهُمْ مَنْ عَاهَدَ اللَّهُ لَئِنْ آتَانَا مِنْ فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ الصَّالِحِينَ، فَلَمَّا أَتَاهُمْ مِنْ فَضْلِهِ يَخْلُوا بِهِ وَتَوَلَّوْا وَهُمْ مُعْرِضُونَ﴾ (التوبة: 75) الآية، قال: وان كان لم ينص في كتابه على الفرق بين النذر واليمين، والوجه: الفرق بينهما، وفي (الجواهر): قال سحنون: عين ما لا: ان لا يخرج ما لا يضربه، وفي (الكتاب): الحالف يهدي عبده المعين وجميع ماله: يهدي المعين وثلث باقي المال، وكذلك الصدقة وغيرها، ولو قال: فرسي ومالي في سبيل الله، فليتصدق بثمان العبد في قوله صدقة، وفي السبيل: يدفع الثمن لمن يغزو به من موضعه ان وجد، والا يبعث به، والفرس وآلة الحرب يبعثه بعينه، فإن تعذر بعث بثمانه يجعل في مثل المبيع، بخلاف ثمن الهدي يباع اذا لم يبلغ ويشترى بثمانها إبل، لأن المقصود من الجميع الأكل، وأما في قوله: صدقة، فيبيع الجميع، والسبيل هو الجهاد والرباط.

تفريع، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: اذا حنث مرة اخرى قبل اخراج الثلث أخرج الثلث وثلث الباقي⁽²⁾، ثم قال: بكفيه الثلث، وبالأول اخذ محمد وأشهب، قال مالك: اذا حلف بصدقة ماله (ثم زاد ماله فعليه ثلث ماله يوم الحلف، لأنه الذي يتناوله السبب، وان نقص فثلثه يوم حنث لأنه الممكن، واذا حنث ثم نما ماله ثم حنث فنما ماله⁽³⁾) فعليه ثلث ماله، ثم حنث فنما ماله أخرج ثلث ما معه الآن، لأنه ثلث الأول وثلث الزيادات، وان لم يزد لم يخرج الا ثلثا واحداً، ولو حنث وماله مائة، ثم حنث وهو سبعون، ثم حنث وهو اربعون، فعليه ثلث المائة إلا أن ينقص ما بيده عنه فلا شيء عليه غير ما بيده، الا ان يذهب باتلافه أو أكله فيلزمه ديناً عليه، ولا يضمن بالتفريط في اخراجه، قاله مالك، لأنه كالشريك، وقال محمد: ان كان على حنث ضمن ما ذهب بسببه،

(1) في (ي): بلد آخر.

(2) في (د): اخراج الثلث وثلث الباقي، وفيه نقص.

(3) ما بين القوسين سقط من (د).

والا فلا، وإذا أخرج الثلث فمن العين والدين وقيمة الكتابة، وإن عجز المكاتب يوماً⁽¹⁾ وفي قيمة رقابهم فضل أخرج ثلثه، ولا شيء في أم الولد ولا المدبر لتعذر بيعها، وقال سحنون: يخرج ثلث قيمة خدمتهم، فإن لم يخرج ثلثه حتى ضاع فلا شيء عليه فرط أم لا، وقال سحنون: يضمن المفرط كالزكاة، والفرق للمذهب: أن الخالف بالصدقة قليل: لا شيء عليه، وقليل: كفارة يمين بخلاف الزكاة، فإن لم يكن له يوم حلف مال فلا شيء عليه فيما يتجدد، لعدم تناول السبب إياه، وفي (الجواهر): في (الواضحة): إن حلف فحنث وقد زاد ماله: إن كانت الزيادة بمتجر فلا يلزمه إخراج ثلثها، أو بولادة أخرج ثلثها وثلث الأصل، والقاتل: كل ما أربحه في هذه السلعة صدقة، يجري على الخلاف في قوله: كل ما اكتسبه صدقة في مدة معينة أو بلدة، وفي (الكتاب): القاتل: ما لي في الكعبة أو رتاجها أو حطيمها، فلا شيء عليه، لأنها لا تنقض فتبني. والرتاج: الباب ومنه: أرتج على الخطيب والقاريء بتخفيف الجيم إذا انغلق دونه باب الكلام، فإن قال: في كسوة الكعبة أو طيها: دفع ثلث ماله للحجبة، وإن قال: اضرب بمالي أو شيء بعينه حطيم الكعبة أو الركن، فعليه حجة أو عمرة ولا شيء عليه في ماله، لأن الضرب ليس بطاعة، ويصحح لفظه بحسب الإمكان فيحمل على الوصول إليها للقربة المعتادة، قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ﴾ (النساء: 101) الآية، قال اللخمي: قال ابن حبيب: يتصدق بماله.

النوع السابع: الصوم، وفي (الجواهر): الناذر الصوم يلزمه يوم، وفي لزوم التابع في الصوم المتعدد أقوال: ثالثها: إن ذكر أعواماً أو شهوراً جملة أو آحاداً لزمه، أو أياماً فلا، ومذهب (الكتاب): عدم اللزوم مطلقاً، وقال في (الكتاب): وناذر الشهور المتتابعة وغير المتتابعة له صومها بالأهلة وبغير الأهلة، فإن صامها بالأهلة وكان الشهر تسعة وعشرين أجزأه، أو بغير الأهلة أكمله ثلاثين، وإن صام بعض شهر فله أن يصوم بالأهلة ثم يكمل الأول، وناذر سنة (غير)⁽²⁾ معينة يصوم

(1) في (د): مرصاً.

(2) زيادة من (د) ولا بد منها.

اثني عشر شهرا ليس فيها رمضان ولا يوم الفطر ولا أيام الذبح، وما صام من الأشهر فعلى الأهلة، وما افطر⁽¹⁾ فيه لعذر أتمه ثلاثين، ولو عين يوماً بصوم⁽²⁾، تعين، ولو شرط التابع لزمه، قاله في (الكتاب)، والقائل: أصوم هذه السنة لم يلزمه قضاء أيام العيد والتشريق ورمضان إلا ان ينويه، وروي: أن ناذر ذي الحجة يقضي أيام النحر إلا ان ينوي عدم القضاء، والقولان في (المدونة)، وبالأول اخذ ابن القاسم، وفي (الكتاب): يصوم في السنة (المعينة⁽³⁾) اخر أيام التشريق، وما أفطره فيها لعذر فلا قضاء عليه، وإلا قضاء، وإن أفطر (شهراً لغير عذر وكان تسعة وعشرين قضى عدد ايامه متابعاً أحب الي، ويجب قضاء ما أفطر⁽⁴⁾) في السفر: قال في (الكتاب): لا ادري ما السفر؟ قال ابن القاسم: وكأنه أحب⁽⁵⁾ أن يقضي، وهو خلاف نقل (الجواهر). وناذر سنة لا يكفيه الا اثنا عشر شهراً، ولا يسقط رمضان ولا العیدان والحیض، وناذر صوم يوم يقدم فلان، فقدم ليلاً: يصوم صبيحة تلك الليلة، قاله في (الكتاب). وقال (ش) وابن حنبل: لا يصوم لفوات شرط القدوم في⁽⁶⁾ اليوم، وهو النهار، لقوله تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ (البقرة: 184) وجوابه: ان الليلة تبع للنهار، لقوله⁽⁷⁾ عليه السلام: (من صام رمضان وأتبعه بست من شوال) ولم يقل: بستة، فإن قدم نهاراً: فقال ابن القاسم في (الكتاب): (ش) و(ح): لا شيء عليه لتعذره عليه شرعاً، وقال اشهب: يصوم غيره، لأن الشرط يقتضي مشروطه بعده، والقدوم في اليوم مشروط⁽⁸⁾، ولو قدم في الأيام المحرم صومها: فالمنصوص: نفى القضاء لتعذره شرعاً. والقضاء فرع سبب وجود الأداء، قال عبد الملك: ولو علم بقدومه أول النهار فبيت الصيام لم يجزئه لتقدمه على سبب الوجوب، كالصلاة قبل الزوال، وليصم اليوم الذي يليه،

(1) في (ي): افطره.

(2) في (ي): للصوم.

(3) زيادة من (د).

(4) ما بين القوسين ساقط من (د).

(5) في (د): احب الي أن...

(6) في (د): وفي الليل اليوم.

(7) تقدم تخريجه.

(8) في (ي): يشترط.

ولو نذر صوم يوم قدومه ابداً لزمه، إلا ان يوافق يوماً محرماً فلا يقضي، وكذلك إن مرضه، وقال ابن حبيب: يقضي في المرض أول ما يصح، ولو نذر صوم يوم سماه فوافق يوم حيض أو مرض لم يقضه. قاله في (الكتاب) وكذلك لو كان شهراً، وقيل: يلزمه القضاء، وفي (الكتاب): نادر الشهر المعين يفطره متعمداً يقضي عدد أيامه متتابعات أفضل، فإن نذره متتابعاً بغير علة⁽¹⁾ فأفطر منه ابتداءً، ونادر صوم يوم بعينه يفطره متعمداً يقضيه، وكره مالك نذر صوم يوم لوقته، ونادر صوم الدهر يلزمه، ولا شيء عليه لأيام العيد والحيض ورمضان، وله الفطر بالمرض والسفر، ولا قضاء لتعذره، وقاله (ش)، ونذر صوم يوم العيد أو الشك ملغى كنذر الصلاة في الأوقات المكروهة، وقاله (ش) وهو مذهب (الكتاب).

(1) في (ي): عينه.

البَابُ الثَّالِثُ

في صِيغِ الالتزام

وفي (الجواهر): فهي⁽¹⁾: لله علي صوم أو نحوه مطلقاً أو معلقاً⁽²⁾ الشرط، نحو: إن شفى الله مريضى، وقد تقدم أول الكتاب أن النذر الوعد كيف كان، ومدركه، فإن قال: إن كلمتُ زيداً فعلي كذا ونحوه من الشروط المقصودة الإعدام لا الإيجاد، لزم على المعروف من المذهب، وحكي عن ابن القاسم: تكفيه كفارة يمين، وقاله (ش) وابن حنبل.

(تمهيد). في مسلم⁽³⁾ قال عليه السلام: (كفارة النذر، كفارة يمين) حمله (ش) وابن حنبل على نذر الحاج⁽⁴⁾، وهو ما قصد به حث على الإقدام والإحجام، نحو: إن عصيتُ الله تعالى فعلي صوم. جمعاً بينه وبين الإجماع على الوفاء بالنذر. في الدارقطني⁽⁵⁾: قال عليه السلام: (من جعل المشي إلى بيت الله في أمر لا يريد به وجه الله تعالى، فكفارته كفارة يمين) وهو ضعيف السند، وحمله مالك على النذر الذي لا مخرج له، وهو أولى لوجه⁽⁶⁾: أحدها: أن لفظ الحديث مطلق فيحمل على المطلق الذي لا تعلق له، وثانيها: أن النصوص دالة على الوفاء بالملتزمات،

(1) في (ي): في. وبعبارة (الجواهر) في أول كتاب النذور هكذا: وأما الصيغة، فهي إن يقول: لله علي صوم أو صلاة أو غيرهما من القرب ابتداء، ويعلق ذلك على وجود شيء ما، كقوله: إن شفى الله مريضى فلله علي كذا الخ اهـ. منه بلفظه الذي علم منه أن المؤلف يتصرف في النقول.

(2) في (ي): أو معلقاً بشرط.

(3) في النذر، باب في كفارة النذر، وأبو داود في الإيمان والنذور عن عقبة بن عامر.

(4) هنا تنتهي مصورة (ي) فالاعتماد في بقية الباب على (د) وحدها فليعلم.

(5) في السنن (160/4) وهو بعض حديث من رواية عائشة أم المؤمنين، وضعفه الدارقطني، ووافقه شمس الحق العظيم آبادي في (التعليق المغني) حيث أشير.

(6) في الأصل: لوجود، وهو تصحيف.

وهذا لم يلتزم شيئاً معينا فتسلم النصوص على التخصيص بخلاف ما قاله⁽¹⁾،
وثالثها: ما في أبي داود⁽²⁾ قال عليه السلام: (من نذر نذراً لم يسمه، فكفارته كفارة
يمين) وهو مقيد، فيحمل ذلك المطلق عليه.

قاعدة، الأحكام الشرعية قسمان: ما قرره الله تعالى في أصل شرعه ولم
يكله إلى اختيار عبده، كالصلاة ونحوها، ومنها ما وكله لاختيارهم وحصر ذلك في
باب واحد، وهو نقل ما شاءوا من المندوبات إلى حيز الوجوب بطريق واحد، وهو
نقل النذر بأي شيء أرادوا إيجابه بذلك وجب والا فلا، ولما شرع الله تعالى
الأحكام شرع لكل حكم سبباً، وجعل الأسباب قسمين: منها، ما قرر سببته في
أصل شرعه ولم يكله لاختيار عباده كأوقات الصلوات، وأسباب العقوبات⁽³⁾،
ومنها، ما وكله لاختيارهم فإن شاءوا كان سبباً والا فلا، وهو شرط النذر والطلاق
والعتاق ونحوها فإنها أسباب يلزم من وجودها الوجود من عدمها العدم⁽⁴⁾، ولم
يحصّر ذلك في المندوبات كما عمل في الأحكام، بل عمّم ذلك في سائر الممكنات
المستقبلات، من الواجبات والمحرمات، وما ليس من المكتسبات كهبوب الرياح،
ونزول الأمطار، مما ليس فيه حكم شرعي ولا اكتساب اختياري.

فرع، في (البيان): النذر أما مندوب، وهو المطلق من غير شرط شكراً لله
تعالى على ما قضى، أو مكروه، وهو المفكر مع الأيام مخافة التفريط، أو مباح، وهو
المعلق على شرط مستقبل، وفي (الجواهر) و(المقدمات): هذا هو المكروه عند
مالك، لما في مسلم⁽⁵⁾ (أنه عليه السلام نهى عن النذر، وقال: إنه لا يأتي بخير،
وإنما يُستخرجُ به من البخيل) قال: والكُلُّ لازم، وكيفما تصرف لا يقضى به
لاشتراط النية فيه، وهي متعذرة مع الإكراه.

(1) هنا بالأصل بياض.

(2) في الأيمان والنذور، باب من نذر نذراً لا يطيقه، عن ابن عباس، وقد صح موقوفاً.

(3) كذا ولعلها العقوبات.

(4) هنا نهاية مصورة نسخة الدار المرموز لها بـ(د).

(5) رواه البخاري في القدر، باب القاء العبد النذر إلى القدر، وفي الأيمان والنذور، باب الوفاء
بالنذر. والنسائي في الأيمان والنذور باب النهي عن النذر، وباب النذر لا يقدم شيئاً ولا
يؤخره والحديث عن ابن عمر رضي الله عنهما.

كتاب الأُطعمة

وفيه بابان:

الباب الأول

فيما يباح للمختار

والمأكول إما جاد وإما حيوان أو نبات، والحيوان ضربان: بَحْرِي وَبَرِّي فالبحري⁽¹⁾: قال مالك في الكتاب: يؤكل جميعه بغير ذكاة ولا تسمية، سواء صيّد أو وجد طافيا أو في بطن طير الماء وبطن حوت صاده مسلم أو مجوسي، كان له شبه في البرّ أم لا. وقال (ش): السمك حلال، وأما غيره من الدواب مما ليس له شبه في البرّ أوله شبهه حلال فهو حلال.

وفي افتقاره الى الذكاة قولان نظراً الى كونه سمكاً أم لا، وما له شبه حرام كالخنزير والكلب وهو يعيش في البرّ كالضفدع فهو حرام لأنه من الخبائث، أو السباع كالتمساح.

وقال (ح): يحرم غير السمك الذي يموت بنفسه لاندراجهِ في الميتة المحرمة، ووافقنا ابن حنبل في الضفدع والتمساح. وتوقف مالك في خنزير الماء، وقال ابن القاسم: أمقته من غير تحريم، ونقل ابو الطاهر قولاً بالتحريم لعدم قوله تعالى: ﴿وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾⁽²⁾. وفي الجواهر: قال ابن نافع: ما تطول حياته في البرّ يفتقر إلى الذكاة.

(1) في المخطوط ي: كالبحري، وهو تصحيف.

(2) المائدة، 3.

واختلف في كراهة كلب الماء وخنزيره. احتج (ح) بَنَهَيْهِ⁽¹⁾ عليه السلام عن أكل الطافي، وقال: (ما جَزَرَ عنه البحر فكلوه، وما مات فيه وطفا فلا تأكلوه) ولأنه مات حتف أنفه فلا يؤكل كالشاة، والجواب عن الأول: أنه ضعيف، وعن الثاني: العُرف بأن البري حرمه الشرع إذا لم تستخرج منه الفضلات المستخبثة بأيسر الطرق عليه وهو الذكاة إلا لضرورة كالصيد، وقد سقط اعتبار الفضلات في البحري بدليل المصيد فيحل مطلقا، ولقوله تعالى: ﴿أَحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ، مَتَاعًا لَكُمْ﴾⁽²⁾ ولا طعام بعد المصيد إلا الطافي⁽³⁾ ولما في الصحاح⁽⁴⁾ أن أبا عبيدة رضي الله عنه مع الصحابة رضي الله عنهم وجدوا على شاطئ البحر دابة تدعى العنبر، فأكلوا منها وأدهنوا وأتوه عليه السلام فسأله عن ذلك فقال عليه السلام: هل معكم منه شيء فأطعموني؟

فرع

قال ابن يونس: قيل: إذا مات الطير والحوث في بطنه⁽⁵⁾ لا يؤكل لأنه نجس، والصحيح انه يغسل ويؤكل كما لو وقع في نجاسة، وكالجدى يَرَضَع خنزيرة، والطير الذي يأكل النجاسة، فإنه يغسل بعد الذبح ويؤكل.

(1) يشير الى ما رواه ابو داود في الأُطعمة من سننه، باب في اكل الطافي من السمك. عن جابر بن عبد الله، وهو ضعيف لضعف راو في سننه، وعن عتة آخر مدلس، وروي موقوفا على جابر، ورواه ابن ماجه في سننه وضعفه انظر: (ضعيف الجامع الصغير) حرف الميم وتخريج المشكاة، كلاهما للألباني.

(2) المائدة، 96.

(3) هذا هو الصواب. وفي د: «الطائي».

(4) هو في صحيح البخاري في الصيد، باب قول الله تعالى (احل لكم صيد البحر) ومسلم في الصيد، باب اباحة ميتات البحر، ورواه مالك في (الموطأ) في صفة النبي (ﷺ). باب جامع ما جاء في الطعام والشراب. عن جابر بن عبد الله.

(5) اي بطن البحر.

فرع

قال صاحب⁽¹⁾ تهذيب الطالب: قال شيوخنا: اذا اشترى حوتا فوجد فيه جوهرة غير معمولة، فهي للبائع. لأنه لم يبيعها إن كان صيادا، وإن علم تداول الأملاك عليها فهي لُقطة، وقال أبو العباس الأشباني: إن كانت مثقوبة فلُقطة، وكذلك إن تداولها الأملاك.

وأما البري فحلال اجماعا، كالأنعام والوحش والطير السالم عن السبعية والمخلب والاستخبات، وحرام اجماعا وهو الخنزير، قال اللخمي: لحمه وشحمه وجلده ولبنه، وخَصَّصَت الآية⁽²⁾ اللحم لأنه المقصود غالبا، وقد يؤكل الحيوان مسموطا⁽³⁾. ومختلف فيه، وهو⁽⁴⁾ في (الكتاب): تؤكل الضرايب. وفي التنبيهات⁽⁵⁾: جمع ضرب، مثل ثمر وهو حيوان له شوك.

(فروع خمسة)

الأول: السباع، وفي الجواهر⁽⁶⁾: هي مكروهة على الإطلاق من غير تفصيل في رواية العراقيين، وهو ظاهر الكتاب وظاهر الموطأ⁽⁷⁾ التحريم،

(1) هو الامام عبد الحق السهمي القرشي الصقلي المالكي المشهور توفي سنة 466 من كتبه (تهذيب الطالب) في شرح المدونة، وهو كبير، وينقل عنه القرافي كثيرا.

(2) يعني قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ...﴾ (المائدة: 3)

(3) أي مشويا.

(4) كذا ولعله سقط من هنا شيء، ويبتدئ الكلام بقوله: وفي (الكتاب): تؤكل....

(5) يعني بها تنبيهات القاضي عياض على المدونة، وهي مشهورة، وتوجد مخطوطة.

(6) يعني الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاش المصري، وهي مخطوطة وتطبع الآن فيما بلغنا..

(7) روى مالك في (الموطأ) حديث كل ذي ناب من السباع فأكله حرام وبوّب عليه: باب تحريم اكل كل ذي ناب من السباع.

وقاله الائمة. وقال ابن حبيب: لم يختلف المديون في تحريم العادي⁽¹⁾ كالأسد والنمر والذئب والكلب، وأما غير العادي كالضب والثعلب والضبع والهر الوحشي والانسى فمكروه.

وقال ابن كنانة: كل ما يفترس ويأكل اللحم فلا يؤكل، وغيره يؤكل، لنا: قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِغَيْرِ اللَّهِ﴾⁽²⁾. فخرجت السباع عن التحريم. وورد⁽³⁾ عليه أسئلة: الأول: ان هذا اجاز⁽³⁾ عن الماضي من الوحي فيبقى المستقبل فيطال الحصر. وثانيها: ينتقض بنبائح المجوس. وثالثها: أنها مكية، ووجود الوحي بعد ذلك بالمدينة معلوم، ورابعها: في الموطأ: قال⁽⁴⁾ عليه السلام: (اكل كل ذي ناب من السباع حرام) زاد في مسلم⁽⁵⁾: (وذي مخلب من الطير). والجواب (*) عن الأول: أن لا لنفي المستقبل دون الماضي، فليس صرفها للماضي بأولى من صرف الماضي الذي هو أرجى الى الحالة المستمرة المشتملة على الماضي والحال والاستقبال، بل هذا أولى، لأن التصرف في الفعل أولى من الحرف، لأنه محل التصريف والتصرف، وعن الثاني: أن قيام الدليل على التخصيص لا يمنع من التمسك بالنص. وعن الثالث: أن قوله: (لا أجد) عام في المستقبل، وخبره عليه السلام حق. وعن الرابع: أنه محمول على الكراهة جعاً بين الدليلين. سلمنا انه للتحريم، لكنه ينتقض بالثعلب والضبع مع قول الخصم بإباحتهما. سلمنا

(1) اي المعتدي. من العدوان

(1م) الأنعام، 145.

(2) كذا والصواب: وورد، او وتورد.

(3) كذا ولعلها: اجاب.

(4) في (الموطأ) في كتاب الصيد، باب تحريم اكل كل ذي ناب من السباع.

(5) في الصيد، باب تحريم اكل كل ذي ناب من السباع.

(*) من هنا نبدأ المقابلة على نسخة (مراكش) (ابن يوسف) وقد اعتبرناها الأصل = ي.

عدم المنتقض، لكن اصابة المصدر الى الفاعل أولى من المفعول، فيكون ذُوا النَّاب هو الآكل فيحرم علينا ما افترسه ونحن نقول به.

تمهيد: أجرى الله تعالى عادته بتغيير الأغذية للأخلاق حتى وصف الأطباء قلوب الأسود من الوحش والطير للشجاعة وقوة القلب، فمن أكل منها شيئاً استحال طبعه اليه، والسباع ظالمة غاشمة قاسية بعيدة من الرحمة، فمَنع الله تعالى بني آدم من أكلها ليلاً يصير كذلك فتبعد من رحته بكثرة الفساد والعناد، فمن العلماء من نهضت عنده هذه المفسدة للتحريم. ومنهم من لم تنهض عنده الا للكرهية.

الثاني: ذوات الحافر المقانسة⁽¹⁾، وفي الجواهر: الخيل مكروهة، وقال (ح): دون كراهة السباع، وقيل: مباحة، وقاله (ش) وابن حنبل، وقيل: محرمة⁽²⁾ ﴿وَالْبِغَالُ وَالْحَمِيرُ لِيَتْرَكُبُوهَا﴾ (النحل: 8) فلو كانت يجوز أكلها لكان الامتنان به أولى ومذكوراً مع الركوب. قال اللخمي: الخيل أخف من الحمير، والبغال بينهما، وفي الصحيحين⁽³⁾: (نهى عليه السلام عن أكل لحوم الحمير الأهلية وأذن في لحوم الخيل).

فرع

في الكتاب: اذا دجن حمار وحش وصار يحمل عليه، لم يؤكل عند مالك، نظراً لحاله الآن، وأجازه ابن القاسم نظراً لأصله.

الثالث: ما اختلف في أنه ممسوخ كالفيل والدب والقنفذ والقرد

(1) كذا والكلمة مصحفة.

(2) كذا ولعله سقط منه قوله: لقوله تعالى: (والخيل والبغال....)

(3) في البخاري في المغازي والذباح، وفي مسلم في الصيد، عن جابر بن عبد الله.

والضب، وفي الجواهر: اختلف في اباحته وتحريمه، لنتهيه⁽¹⁾ عليه السلام عن ثمن القرد. ولو ابيح أكله لم يحرم ثمنه، وقيل: يجوز القرد إن كان يرعى كل الحشيش، قال ابو الوليد: ظاهر المذهب، عدم التحريم.

تنبيه. في مسلم⁽²⁾: (سئل عليه السلام عن أكل الضباب فقال عليه السلام: ان امة مسخت واخشى أن يكون منها، ثم قال⁽³⁾ بعد ذلك، ان المسوخ لا يعقب) في حديث آخر، وهذا هو الصحيح، فإنه عليه السلام كان يخبر بالأشياء مُجملة ثم يفصل له فيقدم التفصيل على الإجمال، وكذلك أخبر بالدجال مُجملاً فقال⁽⁴⁾ حينئذ: (إن يخرج وأنا فيكم فأنا حجيجه دونكم، وإن لم أكن فيكم فامرء حجيج نفسه، والله خليفتي عليكم) ثم أخبر أنه انما ينزل⁽⁵⁾ في آخر الزمان، فتعليل هذه بالسبعية والاستنباط أولى.

الرابع: الحيوانات المستقدرة، ففي الجواهر: يحكي المخالفون لنا عنا جوازها، وهو خلاف المذهب، لقوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ (الأعراف: 157) وقاله الأئمة، وأباح ابن حنبل الضب لأنه أكل على

(1) لم اجد فيه لدي من كتب الحديث. وذكر الدميري في (حياة الحيوان الكبرى) حرف القاف (قرد) عن الشعبي ان النبي (ﷺ) نهى عن لحم القرد لأنه سبع، ولم يعز الحديث ولم يذكر سنده. وهو مرسل.

(2) في كتاب الصيد. باب اباحة الضب عن ابي سعيد الخدري وفيه قصة: ولفظه: ان الله لعن - أو غضب - على سبط من بني اسرائيل فمسخهم دواب يدبون في الأرض، فلا أدري لعل هذا منها، فلست أكلها ولا انهي عنها.

(3) روى ذلك مسلم في كتاب القدر، باب بيان ان الآجال والأرزاق وغيرها لا تزيد ولا تنقص عما سبق له القدر، عن عبدالله بن مسعود في حديث طويل.

(4) مسلم في الفتن. باب ذكر الدجال وصفته وما معه، وابو داود في الملاحم والترمذي في الفتن. عن النواس بن سمعان واني امامة.

(5) كذا والصواب التعبير بالخروج، وهو في الحديث المخرج آنفاً.

مائدتته عليه السلام ولم ينكره خرجه مسلم⁽¹⁾.

واتفق الاثمة على إباحة الجراد لقوله⁽²⁾ عليه السلام في البخاري: (إذا وقع الذباب في إناء أحدكم فليغمسه كله، فإن في أحد جناحيه شفاء وفي الآخر داء) والغالب موته، فلو كان ينجس بالموت لما أمر بذلك صوتاً للطعام عن النجاسة، فيكون أصلاً لا نفس له. وقوله⁽³⁾ عليه السلام: (أحلت لي ميتتان: الحوت والجراد) والعجب من نقل الجواهر مع قوله في الكتاب: لا بأس بأكل الجلد والوبر.

وإذا ذكيت الحيات موضع ذكاتها جاز أكلها لمن احتاج إليها، ولا بأس بأكل خشاش الأرض وهوّ مما إذا ذكيت ذكاة الجراد، وتؤكل الضفادع وإن ماتت، لأنها من صيد الماء، والحلزون كالجراد، فيؤكل منه ما سلق أو شوي، وما مات فلا، فأى شيء⁽⁴⁾ بقي من الخبائث بعد الحشرات والهوام والحيات.

فائدة. ذكاة الحيات لا يحكمها إلا طبيب ماهر، وصفتها: أن يمسك برأسها وذنبها من غير عنق وهي على مسار مضروب في لوح، يضرب بآلة حادة رزينة عليها وهي مدودة على الخشبة في حد الرقيق، رقبته وذنبها من الغليظ الذي هو وسطها، ويقطع جميع ذلك في فور واحد، بضربة واحدة. فمتى بقيت جلدة يسيرة فسدت وقتلت بواسطة جريان السم

(1) في الصيد، باب إباحة الضب، ونحوه في البخاري في الاطعمة. والذبائح. باب الضب، وفي (الموطأ) وغيره.

(2) البخاري في الطب، باب إذا وقع الذباب في الإناء، وفي بدء الخلق، عن أبي هريرة، وفيه بعد: فليغمسه كله: ثم لينزعه، فإن في أحد الخ.

(3) رواه أحمد في (المسند 97/2) وابن ماجه والدارقطني في الاطعمة وغيرهما عن ابن عمر بلفظ: (أحل لنا ميتتان ودمان، فاما الميتتان: فالحوت والجراد، واما الدمان فالكبد والطحال) وهو حديث ضعيف وصح موقوفاً.

(4) كذا وفي العبارة شيء؟

من رأسها في جسمها بسبب عصبها، أو ما هو قريب من السم من ذنبها في جسمها، وهذا معنى قوله: موضع ذكاتها.

فرع

قال اللخمي: قال مالك في الكتاب: لا اكره الجلالة من الأنعام ولو كرهت ذلك لكرهت الطير الأكل للنجاسة، وكرهها ابن حبيب، وكرهها (ش) ان تغيرت رائحة لحمها، والا فلا، وقال ابن حنبل: ان كان اكثر علفها النجاسة حرم لبنها ولحمها، وفي بيضها قولان له، لما في ابي داود⁽¹⁾: (نهى عليه السلام عن اكل الجلالة وألبانها).

وأما النبات المسقي بالنجاسة، قال اللخمي: كرهه مالك، واباحه (ش) وفرق بينه وبين الحيوان، فان نفس النجاسة المستقدرة يشاهد دخولها في الحيوان فتعافى النفوس فيصان الإنسان عنه بخلاف النبات.

فائدة: الجلالة مشتقة من الجلة بكسر الجيم وشد اللام، وهي العذرة.

تمهيد: قد يتخيل الفقيه أن الجواب عن قوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ عسير، وليس كذلك لقوله ﴿وَالَّذِي خَبَثَ لَا يُخْرِجُ إِلَّا نَكِدًا﴾ (الأعراف: 58) والمراد ضعف الانبات، وقوله تعالى: ﴿الْخَبِيثَاتُ لِلْخَبِيثِينَ﴾ (النور: 26) والمراد: العصاة، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَتِمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ﴾ (البقرة: 167) والمراد به الدنية، وقوله تعالى: ﴿وَمَثَلُ كَلِمَةٍ خَبِيثَةٍ كَشَجَرَةٍ خَبِيثَةٍ﴾ (ابراهيم: 26) المراد به المؤلة، واذا كان الخبيث يطلق على معان مختلفة بقي محتملا فسقط

(1) في الاطعمة، باب النهي عن اكل الجلالة وألبانها، عن عبدالله بن عمر، ورواه غيره من طرق يقوى بعضها بعضها فيحسن الحديث أو يصح وقد حسنه الترمذي، وصححه ابن دقيق العيد.

الاستدلال به، أو يحمل على المستبعد في نظر الشرع، لأن القاعدة حمل كلام كل متكلم على عرفه، والبعد في نظر الشرع انما يعلم بدليل شرعي والنزاع فيه.

الخامس: الطير، ففي الجواهر: كله مباح ذو المخلب وغيره، وقاله في الكتاب وروي عن مالك: لا يؤكل ذو المخلب، وقاله (ش) وابن حنبل لنتيه⁽¹⁾ عليه السلام في الحديث المتقدم عنه، والجواب عنه: أنها زيادة لم يروها الزهري ولا مالك ولا غيرهما، والمتفرد بها قليل الرواية⁽²⁾. والفرق المشهور بان الاستخبات في الظلم والسبعية في السباع والوحش أعظم، وهو غلة التحريم، والقصور في العلة يمنع من الاستواء في الحكم.

وفي الكتاب: كراهة الخطاف ونحوها، قال ابو الطاهر: ولعله لقلّة لحمها. فيكون تعذيباً من غير فائدة، وقال الأستاذ ابو بكر: يؤكل جميع الحيوان من الفيل الى النمل والدود، وما بين ذلك الا الآدمي والخنزير، وهو عقد المذهب في رواية العراقيين، إلا ان منه مباح، ومنه مكروه.

وأما النبات والجماد: ففي الجواهر: تحريم ما كان نجساً فان خالط الطاهر نجس، فالمانع يطرح جميعه، والجماد تطرح النجاسة وما حولها ويؤكل، وقد تقدم في كتاب الطهارة دليله وتفصيله، ولا يؤكل المغير⁽³⁾ بالأجسام، وقاله (ش) وابن حنبل.

ويكره اكل الطين، وحرمة عبد الملك لإفساده الأجسام، وما كان طاهراً ولا ضرر فيه أبيح.

وحرّم (ش) المخاط والمني، وان كان طاهراً عنده، ونحوها من المستقذرات.

(1) تقدم تخريجه.

(2) الزيادة في رواية مسلم واحاديث الصحيحين لا مطعن فيها.

(3) في د: المصيد، وهو تحريف.

فرع

في الجواهر: في كتاب البيوع وغيرها: جواز أكل لبن الآدميات اذا جمع في إناء وقاله (ش) وابن حنبل، وحرمة (ح) لأنه جزء آدمي فيحرم، لنا: القياس على الألبان.

فرع

قال اللخمي: إنما حرم الله تعالى الدم بقيد⁽¹⁾ كونه مسفوحاً، وسوّى مالك بين جملة الدماء في السمك والبراغيث وغيرها في النجاسة، وكل نجس حرام، وقال ايضاً: لا تعاد الصلاة من الدم اليسير، واختلف قول مالك في غير المسفوح، وقال ابن مسلمة: إنما يحرم المسفوح لقول عائشة رضي الله عنها: (لولا قول الله تعالى: ﴿أَوْ ذَمّاً مَسْفُوحاً﴾ لاتبع المسلمون ما في العروق كما اتبعه اليهود) وقال اللخمي: ودم ما لا يؤكل لحمه (يحرم قليله وكثيره، وليس على رتبة من لحمه، ودم ما يؤكل لحمه)⁽²⁾ قبل الذكاة كذلك، وبعدها يحرم المسفوح، وهو الذي يخرج عند الذبح، ومنه: سفح الجبل، لأنه يسيل عليه السيل، (والسفاح الذي يقابل به النكاح، لأنه اراقة المني من غير فائدة زائدة، فإذا استعملت الشاة)⁽³⁾ قبل تقطيعها وظهور دمها كالمشوية جاز اكلها اتفاقاً، وان قطعت فظهر الدم فقال مرة: حرام، وحمل الاباحة على ما لم يظهر نفياً لخرج التتبع، ومرة قال: حلال، لظاهر الآية. فلو خرج الدم بعد ذلك جاز اكله منفرداً، ودم ما لا يحتاج الى ذكاته - وهو الحوت - فعلى القول بطهارته

(1) (بقيد) سقط من د

(2) ما بين القوسين سقط من (م) ولا بد منه لصحة المعنى.

(3) ما بين القوسين سقط من د.

إذا صلي به حلال، والقول بنجاسته وعدم حله أولى، وما ليس له نفس سائلة على القول بذكاته يحرم رطوبته قبل الذكاة، ويختلف فيما ظهر بعدها، وعلى القول بعدمها فقبلها وبعدها سواء يختلف فيه إذا فارق.

فرع

يوجد في وسط صفار البيض أحياناً نقطة دم يتولد منه، فمقتضى مراعاة السفع في نجاسة الدم لا تكون نجسة، وقد وقع فيها البحث مع جماعة ولم يظهر غيره.

فرع

في البيان: إذا⁽¹⁾ سلق بيض فوجد في بعضها فرخ ميتة لا يؤكل البيض، قاله ابن القاسم، (قال)⁽²⁾: وينتقض بقوله: ان اللحم اذا طبخ بالماء النجس يغسل ويؤكل، والبيض يخرج من الدجاجة الميتة لا يؤكل لشربها رطوبة الميتة. قاله مالك، وقال ابن نافع: يؤكل اذا اشتد كما لو ألقى في نجاسة.

فرع

قال صاحب الإكمال⁽³⁾: أواني اهل الكتاب التي تطبخ فيها الميتات ولحم الخنزير تغسل وتستعمل، لما في مسلم⁽⁴⁾: قال ابو ثعلبة الخشني: إنا

(1) د: ان اصلق... بعضه.

(2) زيادة من (م)

(3) المراد به اكمال العلم للقاضي عياض السبتي.

(4) مسلم في الصيد. باب الصيد بالكلاب المعلمة، عن ابي ثعلبة. ورواه ابو داود في الأطعمة. باب الأكل في آنية اهل الكتاب.

بأرض قوم من اهل الكتاب نأكل في آيتهم؟ فقال عليه السلام: (ان وجدتم غير آيتهم فلا تاكلوا فيها. فإن لم تجدوا فاغسلوها ثم كلوا فيها) ولأن الماء طهور لكل شيء.

قاعدة: كل ما حرم الله تعالى أكله أو حَلَّه إما⁽¹⁾ لوصفه أو سببه، فكل ما حرم لوصفه⁽²⁾ (لا يحل الا بسببه، وكل ما حل لوصفه) لا يحرم الا بسببه. فالسباع والميتة والخبائث ممنوعة لوصفها فلا تحل الا بسببها، كالأضطرار والبر، والأطعمة المحسبة⁽³⁾ والملابس الشرعية والأنعام حلال لوصفها، فلا تحرم الا بسببها كالعقود الفاسدة وذكاة المجوس والمرتد. ولنقتصر على هذه الفروع، وطعام اهل الكتاب في الذبائح.

(1) في (د): او وهو تحريف.

(2) ما بين القوسين سقط من د.

(3) الاصل: الحسنة، ولعل الصواب: المحسبة.

الباب الثاني

في الاضطرار

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في حد الضرورة، قال اللخمي: هي خوف الموت أو الجوع، لأنه يوجب المواساة لقوله⁽¹⁾ عليه السلام: (أطعموا الجائع) وإذا وجبت المواساة جاز أخذ مال الغير، وإذا جاز ماله جازت الميتة بالقياس، فعلى هذا يأكل⁽²⁾ شبعه ويتزود، وعلى الثاني لا يزيد على سد الرمق، قاله (ش)⁽³⁾، وإذا أكل مال مسلم اقتصر على سد⁽⁴⁾ الرمق إلا أن يعلم طول طريقه فيتزود، لأن مواساته تجب إذا جاع، قال صاحب (الاكمال): يأكل من الميتة ويتزود، قاله مالك في (الموطأ)، وقال غيره: ما يسد رمقه، وقال عبد الملك: إن تغذى حرمت عليه يومه أو تعشى حرمت عليه ليلته، وفي الجواهر: الضرورة: ظن خوف الهلاك على النفس، ولا يشترط الإشراف على الموت، لأن الأكل حينئذ لا يفيد.

(1) البخاري في الاطعمة في اوله، وفي الجهاد. والنكاح، والمرضى، والاحكام، عن ابي موسى الأشعري، وبقيته: وعودوا المريض وفكوا العاني.

(2) (ياكل) سقطت من د.

(3) د وهو قول.

(4) د رد الرمق.

فرع

في الجواهر: اذا كان سبب الاضطراب معصية كسفر المعصية، المشهور جواز الأكل، وقاله (ح) ولا نقل فيها عن مالك، والفرق بينه وبين القصر والفطر: أن منعه يفضي الى القتل، وهو ليس عقوبة جنايته بخلافها، وقال ابن الجلاب و(ش): لا ياكل حتى يفارق المعصية، لقوله تعالى: ﴿غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ (البقرة: 173) اي ولا باغ بالمعصية⁽¹⁾ ولا متعد ما يجوز له منها. ولأن التوبة ممكنة، فموته من جهته، لا من منع⁽²⁾ الشرع، واختاره القاضي ابو بكر، وقال: ما اظن احداً يخالفه، والقائل بذلك مخطئ قطعاً، وتوقف القاضي ابو الحسن، وقال اللخمي: ان كان العاصي بالسفر يتعين قتله كالمسافر الى القتل أو الزنا، لا يباح له الأكل، والا فعلى القول بوجوب الأكل من الميتة لغير العاصي، وهو قول ابن القصار وغيره حفظاً للنفس يجب هاهنا، وعلى القول بالإباحة قياساً على الإستسلام للصيال⁽³⁾ - وهو قول سحنون - يمنع هاهنا، فإن اضطرب بعد رجوعه من المعصية فكغير العاصي.

المبحث الثاني في جنس المستباح، وفي الجواهر: كل ما يرد عنه جوعاً أو عطشاً، دَفَعَ الضرورة أو خففها كالأشربة النجسة والميتة من كل حيوان غير الآدمي، وغير الخمر، لأنها لا تحل إلا لإساعة الغصة على الخلاف، لأن دفع الضرورة بها معلوم، وأما العطش فتزيده تحريماً، وقيل: يجوز لتخفيفها العطش والجوع من حيث الجملة، واختاره القاضي ابو بكر و(ش) لأن مدمن الخمر يكتفي بها عن شرب الماء، وقال (ش): يجوز له اكل ميتة الآدمي حفظاً للحَي، وقيل: الحَي الحربي والمرتد والزاني

(1) (م) اي باغ بالمعصية.

(2) (م) لأن مانع الشرع، وهو محرف.

(3) الاصل: للصيد، وهو تحريف.

المحصن له أكله⁽¹⁾ لأنه مباح الدم، وانما فيه الافتيات⁽²⁾ على الامام واتلاف ما لا حُرمة له لما له حرمة متعينة⁽³⁾ بخلاف الذمي المعاهد.

(فروع خمسة)

الأول، في الجواهر: الواجد لطعام غير مضطر يطلبه منه بضمن في الذمة ويظهر له الحاجة، فإن أبى استطعمه، فإن أبى اعلمه انه يقاتله، فإن امتنع غصبه، لأن احياءه واجب عليه، فإن دفعه جازت مدافعتة له وان ادت الى القتل، كدم المحارب، ولو قتله المالك وجب القصاص، لكونه متعديا، وان بذل له بضمن المثل وجب الشراء، أو بأكثر فهو مكروه.

الثاني، قال: اذا وجد الميتة وطعام الغير أكل الطعام إن أمن أن يعد سارقا، وحيث قلنا يأكل، ضمن القيمة، لأن الأصل عصمة الأموال ادت الضرورة الى بذل الطعام، أما مجانا فلا، وقيل: لا يضمن، لأن الدفع واجب، والواجب لا يستحق عوضا، قال اللخمي: ان خاف القطع بنسبته⁽⁴⁾ الى السرقة، فإن خاف الموت أكل تقديماً للنفس على الطرف، والا فلا يأكل الا ان يكون عليه دليل الاضطرار، وقد قيل: لا يقطع السارق في سنة الحرب، لأنها حالة يقبل فيها عذر الضرورة.

الثالث، قال: يقدم المحرم الميتة على الصيد، لأن الاضطرار يبيح الميتة وقد وجد، ومبيح الصيد الإحلال ولم يوجد، وقال ابن عبد الحكم: يقدم الصيد لأن تحريمه خاص، ولأن تحريمه لا لوصفه، بخلاف الميتة فيها،

(1) د لياكله، وهو محرف.

(2) د الافتراء، وهو تصحيف.

(3) د واتلاف مال حرمة فتعيق. وفيه سقط وتحريف.

(4) في النسختين: بتسببه.

فلذلك يقدم لحم الصيد .

الرابع، قال ابو الوليد: يقدم الميتة على الخنزير، لأن تحريمها عارض بسبب عدم الذكاة، وتحريمه متأصل، قال اللخمي: وحيث يأكل الخنزير يستحب له تذكيتة .

الخامس في الجلاب: لا يتداوى بخمر ولا بنجاسة خلافا لـ (ش) عند الضرورة، لقوله⁽¹⁾ عليه السلام: (ان الله لم يجعل شفاء امتي فيما حَرَّمَ عليها) والجعل بمعنى الخلق واقع، فيتعين صرف النفي الى المشروعية صونا للخبر عن المخالفة، ومثله: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِيَةٍ﴾ (المائدة: 103) أي شرع، ومنع الشريعة عند الضرورة يدل على عِظَم⁽²⁾ المفسدة فيكون حراما .

(1) ذكره البخاري معلقا في الاثرية، باب شراب الخلواء والعسل موقوفا على ابن مسعود بلفظ: ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم، وورد بهذا اللفظ. مرفوعا عند ابي يعلى في (المسند) وصححه ابن حبان عن ام سلمة. انظر (فتح الباري) لابن حجر في الباب المذكور.

(2) في د: معظم.

كتاب الأشربة

في الكتاب: ما أسكر كثيره فقليله حرام، من خر أو نبذ أو زبيب⁽¹⁾ أو تمر أو تين أو حنطة أو غير ذلك، وقاله (ش) وابن حنبل، وقال (ح): يحرم أربعة أشربة: عصير العنب إذا غلى واشتد، والعصير إذا طبخ فذهب اقل من ثلثه - وهي الطلاء -، وكذلك لو ذهب نصفه ودخلته الشدة، ويسمى المنصف، والثالث، نقيع الرطب المشتد، والرابع، نقيع الزبيب المشتد إذا غلى، وأباح هذه الثلاثة غيره ويختص عنده دون الخمر بعدم الحد في قليلها، وخفة نجاستها، وجواز بيعها، وتضمينها بالقيمة دون المثل، ويباح عنده ما يتخذ من الحنطة والشعير والغسل والذرة، ولا يحد شاربه وإن سكر، وقال ايضاً: نبيذ التمر والزبيب إذا طبخ حلال وإن اشتد، إذا شرب ما يغلب على ظنه عدم السكر، وخصص اسم الخمر بما يعتصر من العنب، ولا يندرج غيره في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ - الى قوله - فَاجْتَنِبُوهُ﴾ (المائدة: 90) ونحن عندنا اسم الخمر لما خامر العقل اي غطاه ومنه: تخمير الآنية، وخار المرأة، قال صاحب القبس⁽²⁾: والعجب من الحنفية في ذلك، والصحابة رضوان الله عليهم لما

(1) في د: او عنب.

(2) في شرح موطأ مالك بن أنس، للقاضي أبي بكر ابن العربي المعافري، وقد طبعته دار الغرب

الإسلامي ببيروت.

حرمت عليهم الخمر أراقوها وكسروا دِنَانَهَا ، وبادروا الى امتثال الأمر مع انه ليس عندهم بالمدينة عصير عنب بل نبيذ التمر. وقال (ح): لو جعل السيف على رأسي أن اشرب النبيذ ما شربته، ولو وضع السيف على رأسي ان أحرمه ما حرمته، لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يشربونه. قال: وليس كما قال، ما شربه احد منهم، انما الثابت انه عليه السلام كان ينتبذ⁽¹⁾ له فيشرب، ولعن⁽²⁾ عليه السلام في الخمر عشرة: عاصرها، ومعتصرها، وبائعها، ومبتاعها، والمبتاع لها⁽³⁾، وشاربها، وساقها، وحاملها، والمحمولة اليه، وشاهدها. قال: ويندرج في بائع الخمر: بائع العنب لمن يعلم انه يعصره خراً الا الذمي فمختلف فيه، لاختلافهم في خطابهم بالفروع، قال: وما تعلق به اصحابنا من حديث الترمذي من قوله⁽⁴⁾ عليه السلام: (ما أسكر كثيره فقليله حرام) فليس بصحيح. احتج (ح)⁽⁵⁾ (بقوله تعالى: ﴿تَتَخَذُونَ مِنْهُ سَكْرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾ (النحل: 67) والامتنان انما يكون بالمباح للمقدار المسكر من غيرها) وبقي ما عداه على الأصل، وقوله⁽⁶⁾ عليه السلام: (اشربوا ولا تسكروا).

-
- (1) وردت بذلك آثار واحاديث بالفاظ وطرق استوفى معظمها ابو الشيخ ابن حبان في (اخلاق النبي) باب شرب النبيذ وصفته - صفة النبيذ الذي شربه (ﷺ).
- (2) رواه الترمذي في البيوع. باب النهي عن ان يتخذ الخمر خلا، عن انس بن مالك، ورواه ابن ماجة في الاشربة، باب لعنت الخمر على عشرة أوجه، وهو حسن، وفيه تقديم وتأخير.
- (3) (م) والمبتاع له، وهو الصواب.
- (4) الترمذي في الاشربة، باب ما اسكر كثيره فقليله حرام، وابو داود في الاشربة ايضا. باب النهي عن المسكر، عن جابر بن عبدالله، وهو حسن.
- (5) ما بين القوسين سقط من د.
- (6) رواه بمعناه مسلم في الاضاحي. باب ما كان من النهي عن اكل لحوم الاضاحي بعد ثلاث الخ عن عبدالله بن بريدة عن ابيه، آخر حديث بلفظ... فاشربوا في الاسقية كلها ولا تشربوا مسكرا، ورواه النسائي بلفظ الكتاب في الاشربة بسند ضعيف.

والجواب عن الأول أن السكر بفتح الكاف والتسكير في اللغة: المنع، لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا سَكَّرْتُ أَبْصَارُنَا﴾ (الحجر: 15) أي منعت وغلقت⁽¹⁾، ومنه تسكير الباب أي غلقه، فالآية تدل على أنها يتخذ منها ما يمنع الجوع والعطش والأمراض، وذلك يتحقق بالتمر والرطب والخل والأنبذة قبل الشدة، وهي حلال اجماعاً، فما تعين ما ذكرتموه، وعن الثاني: أن معناه: اشربوا منه غير الذي يسكر كثيره. لقوله⁽²⁾ في الحديث الآخر في مسلم: (كل مسكر خمر وكل مسكر حرام) ويؤيده قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾ (المائدة: 90)⁽³⁾ ووجه الدليل والتمسك به من وجوه:

أحدها⁽⁴⁾: عطف الميسر عليه وهو حرام، والعطف يقتضي التسوية، والمساوى بالحرام حرام.

الثاني: عطف الأنصاب عليه لما سبق.

الثالث: عطف الأزلام عليه لما تقدم.

الرابع: قوله: (رجس)، والرجس: النجس لغةً، وهو يدل على نجاسة الجميع، خرجت الثلاثة عن النجاسة اجماعاً، بقي الحكم مستصحباً في الخمر فتكون نجسة فتحرم، وهي كل ما خامر كثيره كما تقدم، أو يقول: الرجس استعمل مجازاً في البعد الشرعي، والبعد شرعاً محرم، والأول أولى لدوران هذا البحث بين المجاز والتخصيص (والتخصيص)⁽⁵⁾ أولى لما علم في الأصول.

(1) (م) واعلقت.

(2) مسلم في الأشربة، باب بيان أن كل مسكر خمر، عن ابن عمر، ونحوه في البخاري والموطأ.

(3) في ي: ووجه التمسك به.

(4) (أحدها) ساقطة من الأصل.

(5) (والتخصيص) سقطت من د.

الخامس: قوله تعالى ﴿مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ﴾ فاضافته الى الشيطان تفيد التحريم في عرف الشرع.

السادس: قوله: (فاجتنبوه) والأمر محمول على الوجوب، ولأن هذه الأشرطة يسكر كثيرها فيحرم قليلها قياساً على محمل الاجماع، وهو من اجل الأقيسة، فقد اجتمعت الآثار ووجوب الاعتبار، والعجب من الحنفية انهم يقدمون القياس على النصوص، وهامنا رفضوا القياس المعضود بالنصوص المتضاربة في الكتاب والسنة الصحيحة في عدة مواضع، ولا جرم قال (ش): أحمّد الحنفي في النبيذ وأقبل شهادته، وقال مالك: أحمده ولا أقبل شهادته.

قاعدة: المرقدات تغيب العقل ولا يحذ شاربها، ويحل قليلها اجماعاً، ولا ينجس قليلها ولا كثيرها ففارقت المسكرات في هذه الثلاثة الأحكام مع اشتراكها في إفساد العقل الذي هو سبب التحريم، فما الفرق وبماذا ينضبط كل واحد منها حتى يمتاز عن صاحبه؟ فالضابط: أن مغيب العقل ان كان يحدث سرورا للنفس فهو المسكر، والا فهو المرقد⁽¹⁾ لقول الشاعر⁽²⁾:

ونشرّبها فتركنا ملوكاً وأسداً ما ينهنها اللقاء

وأما المرقد: فاما غيبته كلية كالأفيون، أو يهيج من مزاج مستعمله ما هو غالب عليه من الأخلاط، فتارة خوفاً وتارة بكاء، وغير ذلك، وأما الفرق: فلأن المسكر لَمَّا أَسْر⁽³⁾ النفس توفرت الدواعي على تناوله تحصيلاً للمسرة، فزجر الشرع عنه بالحد والتنجيس، والمرقد خسارة مُحْضَةٌ وموت صرف، فالدواعي منصرفة عنه فاكتفي في ذلك بالتعزير.

(1) د مرقد.

(2) هو حسان بن ثابت رضي الله عنه، والقصيدة في ديوانه المطبوع بمصر بشرح البرقوقي، وينهنها: اي يزعجنا ويكفنا.

(3) د سر وهو الصواب.

فروع سبعة⁽¹⁾

الأول، في الكتاب: عصر العنب ونقيع الزبيب وجميع الأنبذة حلال، ما لم تسكر من غير توقيت بزمان ولا هيئة، ولا يحد الطبخ بثلاثين ولا غيرهما، بل ما منع إسكار كثيره، لأن العنب اذا كثرت مائته⁽²⁾ احتاج الى طبخ كثير أو قل⁽³⁾ فطبخ قليل، وذلك مختلف في أقطار الأرض، ولا ينبذ تمرّ مع زبيب ولا بسر⁽⁴⁾ ولا زهو مع رطب، ولا حنطة مع شعير، ولا احدهما مع تين أو عسل، لأن⁽⁵⁾ خلطها يسرع بشدتها، وقاله (ش) وابن حنبل خلافاً لـ (ح)، وفي مسلم⁽⁶⁾: نهيه عليه السلام عن شرب الخليطين، واذا نبذ كل واحد وحده لا ينبغي خلطها عند الشرب، ولا يجعل دُردي المسكر ولا عكره في شراب ولا طعام، وأرخص مالك في جعل العجين والسويق والدقيق⁽⁷⁾ في النبيذ قليلاً، ثم نهى عنه.

قال: وفي المغرب تراب يجعل في العسل ليعجله⁽⁸⁾، أكرهه، وخالفه ابن القاسم، قال: ولا يعجبني انتباز البسر المدني لأنه رطب وبسر، ولا بأس بأكل الخبز بالنبيذ لأنه ليس شراباً، وكره نبذ الخبز فيه يوماً أو يومين، ليلاً تتعجل شدته، قال صاحب القبس: طرد ابن عبد الحكم النهي عن الخليطين على عمومهم حتى في أشربه الأطباء.

(1) (سبعة) ساقطة من الأصل.

(2) ي: ماؤه.

(3) د أو قلت.

(4) في د ولا تمر ولا بسر مع رطب.

(5) د فإن.

(6) في الأشربة، باب كراهية انتباز التمر والزبيب. عن جابر بن عبد الله، ونحوه في

البخاري والترمذي وغيرهما.

(7) (والدقيق) ساقطة من ي.

(8) (م) لعله.

الثاني، في الكتاب: كره الانتباز في الدباء والمزفت، زاد في الجلاب: الحنتم والتقير لورود الحديث⁽¹⁾ الصحيح فيها، ولأنها تعجل الشدة في الخليطين.

فائدة . الدُّبَاء: اليقطين، والمزفت: في التنبيهات⁽²⁾ بسكون الزاي ماطلي بالمزفت، وهو القار الذي تطلّى به السفن، والحنتم الجرار الخضر، وقيل: الحمر، وقيل: الفخار كيف كان، وهو جمع حنتمة وهي الجرة.

الثالث، في الجلاب: تباح السوبية⁽³⁾ والفقاع.

الرابع، في الكتاب: اذا ملك المسلم خراً فليرقها، فإن اجترأ فخللها أكلها وبئس ما صنع، وكره أكل الخمر يجعل فيها الحيتان فتصير مربا، وفي الجواهر: تحليل الخمر مكروه، وظاهر المذهب اباحة كل ما تخلل منها، وكرهه سحنون وعبد الملك، وقال الأستاذ ابو بكر: صورة المسألة: اذا خللت بشيء طرح فيها كالمالح والخل والماء الحار. فأما لو خللت بنفسها مع العلم بتحريمها فلا خلاف في جواز اكلها، وقال صاحب المقدمات: في تحليلها ثلاثة أقوال: المنع مطلقا، وقاله (ش) والكراهة. والفرق بين اقتنائها لتصير خراً وبين ما يصير خلا من عصيره لم يرده خراً، وبسبب الخلاف: هل المنع تعبد فيمتنع مطلقاً أو معلل بالتعدي في الاقتناء فيجوز لمن صار عصيره خراً؟ أو بالتهمة لقنيتها فيجوز للرجل في نفسه التخليل لما عنده على نوع من الكراهة، واذا منعنا التخليل ففي جواز

(1) يعني ما في صحيح البخاري في الاشربة. باب ترخيص النبي ﷺ في الأوعية والظروف بعد النهي، عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه: نهى رسول الله ﷺ ان ينبذ في الدباء والمزفت، وفي رواية ابي داود في الاشربة، باب في الاوعية: نهى ﷺ عن الدباء والحنتم والتقير والجمعة.

(2) في (التنبيهات) بسكون الزاي) ساقط من ي.

(3) د المسومة.

الأكل ثلاثة اقوال: الجواز، لانتفاء علة المنع وهو الإسكار، والمنع، مؤاخذه له بنقيض قصده، ولأن النهي يدل على الفساد في المنهي عنه، وقاله (ش) (1) وعلة (2) بأن ما يلقي الخمر (3) يصير نجسا بالخمر فيصير خلا مختلطاً بنجاسة فيحرم، ويرد عليه: أن المقتضي لتنجيس الخمر وما لابسها هو وصف الإسكار. وقد ذهب، فيظهر ما في أجزاء الدواء المعالج به فلا ينجس الخل، وجوز (ح) التخليل لقوله (4) عليه السلام: (يحل الخل الخمر كما يحل الدباغ الجلد) وهو معارض بأمره (5) عليه السلام في (مسلم) باراقة الخمر التي اهديت له، فلو كان التخليل مشروعاً لأمر به حفظاً للمالية، والثالث: الفرق بين تخليل ما اقتناه من الخمر فيمنع أو ما تخمر عنده. ما لم يرد به الخمر، قاله سحنون.

قاعدة أسباب الطهارة ثلاثة: إزالة، كالغسل بالماء، أو إحالة كاتقلاب الخمر خلا، والدم منياً ثم آدمياً (6)، وبهما كالدباغ.

الخامس، في الجلاب: من وجدت عنده خمر (7) من المسلمين أريققت عليه وكسرت ظروفها تاديباً له، لأن الشرع أدب بالمالية في الكفارات،

(1) (م) (ح).

(2) (وعلة) سقطت من (ي) ولا بد منها.

(3) في (ي): بأن ما يلقي يصير نجسا بالخمر.

(4) رواه الدارقطني في (السنن 1/49) عن أم سلمة. وقال: تفرد به الفرج بن فضالة وهو ضعيف. وأورد الزيلعي في (نصب الراية) الحديث في الطهارة من رواية الدارقطني ونقل كلامه وسلمه.

(5) مسلم في الاشارة. باب تحريم الخمر، والبخاري في الاشارة ايضاً. باب نزول تحريم الخمر. عن انس بن مالك، ولم اجد في مسلم ان الخمر المأمور باراققتها اهديت له ﷺ.

(6) د ثم منياً، وهو تحريف.

(7) في الاصل: من وجدت عنده من المسلمين خمرأ اريققت. وفيه لحن.

وقال غيره: يشق منها ما أفسدته الخمر ولا ينتفع به الا فيها، وما لا فلا صونا للمالية عن الفساد، واذا قلنا: لا تفسد ففي النوادر: تغسل وينتفع بها ولا يضر بقاء الرائحة. وفي مختصر ابن عبد الحكم: أما الزقاق فلا ينتفع بها، وأما القلال فيطبخ فيها الماء مرتين وتغسل وينتفع بها.

وفي الجلاب: لا يحل لمسلم بيعها من كافر ولا مسلم لقوله⁽¹⁾ علي السلام في مسلم: (إن الذي حرم شر بها حرم ثمنها).

ومن أسلم وعنده خر أريقت لأن الملك لا يثبت عليها، وإن اسلم وعنده ثمن خر فلا بأس به، لأن الاسلام يجب ما قبله، واذا تباع نصرانيان⁽²⁾ خراً فقبضت، ثم أسلم البائع قبل قبض الثمن فله اخذه، لأنه دين من جملة ديونه، وإن أسلم مشتريها فعليه دفع الثمن للبائع، لأنه دين عليه، وإن اسلم البائع قبل قبض الخمر فسخ البيع ورد الثمن، لأنه ممنوع من التسليم، والمنع الشرعي كالخسي، فيصير كالبيع المستحق قبل القبض، وإن أسلم المشتري قبل قبض الخمر فسخ البيع ورجع البائع بالثمن لتعذر القبض شرعاً، وقد توقف فيها مالك مرة وقال: أخاف ان يظلم الذمي، لأن المانع ليس من قبله، قال غيره: قال ابن عبد الحكم: اذا أسلم بعد⁽³⁾ قبض الثمن دون المثلون، عليه قيمة الخمر خلافاً لمالك وابن القاسم، وإن أسلم بعد⁽³⁾ قبض الخمر دون ثمنها. قال اللخمي على قول عبد الملك: يأخذ الثمن.

وفي الجلاب: واذا اشترى مسلم من نصراني خراً وفاتت لم يدفع للبائع شيئاً، لأنه ممنوع من البيع لمسلم، فإن قبض الثمن تصدق به تأديباً له.

السادس، في الكتاب: أكره للمسلم ان يتسلف من ذمي ثمن خر أو

(1) مسلم في المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام، عن ابن عباس.

(2) د النصرانيان.

(3) في د: قبل. وهو الصواب.

يبيعه به، أو يأخذه بوجه، أو يأكل ما اشترى به، ويجوز أخذه في دينه
كما يأخذ في الجزية.

السابع، في الجلاب: لا يؤاجر الرجل نفسه ولا شيئاً من أملاكه في
عمل الخمر لمسلم ولا نصراني فإن أخذ أجره تصدق بها ولم يملكها لتحريم
المنفعة المعاض عليها.

كتاب الذبائح

والنظر في المذكي، والمذكي، والمذكي به، وصفة الزكاة.

النظر الأول في المذكي. قال صاحب البيان: ستة لا تجوز ذبائحهم، وستة تكره، وستة مختلف في جواز ذبائحهم، فالأول: الصغير الذي لا يعقل، والمجنون حالة جنونه، والسكران الذي لا يعقل، والمجوسي، والمرتد، والزنديق، وقاله الأئمة، والثانية: الصغير المميز، والمرأة، والخنثى، والخصي، والأغلف، والفاسق. ومنشأ الخلاف: هل النظر الى أن ضعف طبع الثلاثة الأول⁽¹⁾ يمنع من وقوع الزكاة على وجهها، ومشابهة الخصي بهم ونقص الآخرين من جهة الدين، أو أن القصد والفعل من الجميع ممكن فتصح؟ والثالثة، تارك الصلاة، والسكران الذي يخطئ ويصيب، والمبتدع المختلف في كفره، والنصراني العربي، والنصراني الذابح لمسلم بأمره، والعجمي يجيب الى الإسلام قبل البلوغ، هذا كله على مذهب مالك رحمه الله.

وفي الكتاب: تصح زكاة المرأة والكتابين رجالهم ونسائهم وصبيانهم، والمرأة اولى منهم، ويكره اكل ما ذبحه الكتاني لكنيسة أو عيد من غير تحريم، لقوله تعالى: ﴿أَوْ فَسَقًا أَهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ (الانعام: 145) قال ابن القاسم: وكذلك ما سموا عليه المسيح عليه السلام، وما ذبحوه فوجدوه

(1) (الأول) ساقطة من ي.

حراما على أصلهم، كرهه مالك ثم أجازته، قال ابن القاسم: وما لا يستحلونه⁽¹⁾ لا يؤكل كَذِي الظْفَر وهو الابل والنعام والبط،⁽²⁾ ما ليس مشقوق الأصابع، خلافا لابن حنبل، لأنه ليس من طعامهم، وكره مالك ذبائحهم والشرء منهم، وأمر عمر رضي الله عنه أن يقاموا من أسواقنا كلها الجزارون وغيرهم.

وتؤكل ذبيحة الأخرس.

قال اللخمي: واختلف في شحوم ذبائح الكتاني فحرمه مرة لأنه حرام عليهم، وجعل الزكاة تتبعض باعتباره قياساً على الدم، وأجازته⁽³⁾ مرة، لأن الزكاة لا تتبعض فيما هو قابل، واختلف في ذي الظفر كالشحم، وأباحه ابن حنبل، وقيل: يجوز الشحم بخلافه، لأن الزكاة لا تتبعض، وقال أشهب: كل ما نص الله تعالى على تحريمه كذي الظفر والشحوم حرم على المسلم، بخلاف ما حرموه هم، ومنعها ابن القاسم وأباحها ابن وهب، نظرا الى نسخ ذلك، ويؤكل جل الشحوم⁽⁴⁾ لما في الصحيحين⁽⁵⁾: قال معقل: أصبت جرة شحم يوم خير فالتزمته وقلت: والله لا أعطي اليوم من هذا احداً شيئاً، فالتفت فاذا رسول الله ﷺ متبسماً.

وفي الجواهر: يجوز ذبيحة السامرية وهم صنف من اليهود، والمشهور من مذهب مالك كراهته الشحوم، والصابئة ينكرون بعث الأجسام.

(1) د وما يستحلونه. وهو تحريف.

(2) د: وكل ما ليس.

(3) (م) وأباحه.

(4) كذا في النسختين.

(5) في الأطلعمة والمغازي. ورواه احمد في (المسند) عن عبد الله بن مغفل (لا معقل كما في النسختين) قال: دلي جراب شحم يوم خير فأخذته فالتزمته فقال لي رسول الله ﷺ: هو لك. وورد بلفظ قريب من لفظ المؤلف.

ولا تجوز ذبيحة من ليس بكتابي ولا الصابئة المعتقدة تأثير النجوم، لأنهم كالمجوس، وهذا كله اذا باشرنا الذكاة، أما اذا غاب الكتابي على ذبيحته: فإن علمنا استحلالهم للميتة كبعض النصارى، أو شككنا، لم نأكل، وإن علمنا تذكيتهم أكلنا. قال ابو اسحق: أكره قديد الروم وجُبْنهم وجُبْن المجوس لأجل ما فيه من إنفحة⁽¹⁾ الميتة.

تنبيه، كراهيته ينبغي أن تحمل على التحريم بدليل كراهيته لجُبْن المجوس، وهي محرمة، ولا يختلف اثنان ممن يسافر أن الأفرنج لا تتوقى الميتة ولا تفرق بينها وبين الذكية، وأنهم يضربون الشاة حتى تموت وقيدة بالعصا وغيرها، ويسلّون رؤس الدجاج من غير ذبح، وهذه سيرتهم، وقد صنف الطرطوشي رحمه الله في تحريم جبن الروم كتابا، وهو الذي عليه المحققون، فلا ينبغي لمسلم أن يشتري⁽²⁾ من حانوت فيها شيء منه، لأنه ينجس الميزان والبائع والآنية⁽³⁾.

فرع

قال ابن يونس: لا تؤكل ذبيحة الغلام⁽⁴⁾ اذا ارتدَّ الى أي دين كان.

قال محمد: وتؤكل ذبيحة النصراني العربي والمجوسي اذا تنصر.

(1) الاصل: منافع، والصواب إنفحة بكسر همزة القطع ويجوز ضمها وبالحاء المهملة، هي مادة بيضاء صفراوية في وعاء جلدي تستخرج من بطن الجدي أو الحمل الرضيع يوضع جزء منها في اللبن الحليب فينعدد ويتكاثف ويصير جبناً ويسمى الناس (مجنبة) وجلد الإنفحة هي التي تسمى كرشا اذا رعى الحيوان العشب. اهـ من (احكام الاطعمة والذبايح في الفقه الاسلامي) لابي سريع محمد عبد الهادي ص 95 بتصرف قليل، ويقال لهذه الإنفحة بشمال المغرب: (النياق).

(2) د ان ينبغي من حانوت، وهو محرف.

(3) د والآلة.

(4) د: غلام.

فرع

في الكتاب: تؤكل ذبيحة مَنْ أبوه كتابي وأمه مجوسية، لأن الولد تابع في الدين لأبيه، وقال ابو تمام⁽¹⁾ في تعليقه: قال مالك: لا تؤكل ذبيحة مَنْ أبوه مجوسي أو وثني، وقال ح: يجوز اذا كانت أمه كتابية، لأن العبرة عنده في الدين بالأُم، وقال ابن حنبل: مَنْ أحد أبويه⁽²⁾ لا تصح ذكاته تغليبا للحرمة.

النظر الثاني في المدكّي، وفي الجواهر: الحيوان كله يقبل الذكاة وتطهر بها جميع أجزائه لحمه وعظمه وجلده، وإن كان لا يؤكل لحمه كالسباع والكلاب والحمُر والبغال إلا الخنزير⁽³⁾، فإن تذكيته ميتة لفظ تحريمه، وقاله (ح) وقال ابن حبيب: ما لا يؤكل لحمه كذلك.

تنبيه. ألحق صاحبُ الجواهر الحمر بالسباع، وفي الكتاب في كتاب الصلاة: يصلي على جلد السباع اذا ذكي ولا يصلي على جلد حمار وإن ذكي، وتوقف في الكيمخت، وتركها⁽⁴⁾ أحب إليه، وكذلك في آخر كتاب الأُصاحي نص⁽⁵⁾ على طهارة جلود السباع، ولم يذكر الكلاب، فتأمل ذلك من جهة النقل، قال اللخمي: الحيوان ثلاثة: بَرِي له نفس سائلة لا تحل الا بالذكاة، وَبَحْرِي لا حياة له في البر يحل من غير ذكاة، وَبَرِي ليس له نفس سائلة، وَبَحْرِي يَعِيش في البر يختلف فيها، قال مالك: ما لا دَمَ له، كالعقرب والخنفساء والزنبور والسوس والدود

(1) د ابو تمام.

(2) كذا في النسختين. ولعل الأصل: وثني أو مجوسي.

(3) د الخنازير.

(4) د وتركه.

(5) ي: قضي. وهو تصحيف.

والذباب وسائر الحشرات ذكاته ذكاة الجراد إذا احتيج الى دواء أو غيره، وقال عبد الوهاب: هي كدواب البحر لا تنجس في نفسها ولا تنجس، وقال مطرف: لا يحتاج الجراد الى ذكاة (لأن عامة⁽¹⁾ السلف اجازوا اكل ميتة الجراد. وفي الكتاب: لا يحتاج فرس البحر الى ذكاة) وان كان له رعي في البر، ولا بد من تذكية طير الماء خلافاً لعطاء، وفي الجواهر: وهل يجري في ذكاة ما ليس له نفس سائلة ما عدا الجراد الخلاف الذي في ذكاة الجراد، أو يفتقر الى الذكاة قولاً واحداً؟ طريقان للمتأخرين قاعدة، الذكاة شرعت لاستخراج الفضلات المحرمات من الأجساد الحلال بأسهل الطرق على الحيوان، فمن لاحظ عدم الفضلات مما ليس له نفس وجعلها اصلاً، واراحة الحيوان تبعاً أجاز ميتته، ومن لاحظ شرعية⁽²⁾ زهوق الروح وجعله اصلاً في نفسها⁽³⁾ لم يميزها.

قاعدة، النادر ملحق بالغالب في الشرع، فمن لاحظ هذه القاعدة أسقط ذكاة ما يعيش في البر من دواب البحر نظراً لغالبه، ومن لاحظ القاعدة الأولى وأن ميتة البحر على خلاف الأصل لم يسقطها. ويؤيده قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ أو يحمله على سبب وروده وهو الميتة التي كانوا يأكلونها من البر ويقولون: تأكلون ما قتلتم ولا تأكلون ما قتل الله..

فائدة: النفس لفظ مشترك لأمر: أحدها: الدم، لقوله⁽⁴⁾:

تسيل على حد الطبات نفوسنا وليس على غير الطبات تسيل

(1) ما بين القوسين سقط من د.

(2) (شرعية) سقطت من د.

(3) د نفسه.

(4) البيت من لامية السموأل بن عاديء اليهودي الشاعر المشهور وهي من مختارات ابي تمام في ديوان الحماسة (1/27).

وقد تقدم بسطه في باب النفاس والحيض .

فرع

في الكتاب: لا يُصَلَّى على جلد حمار وان ذكي، قال ابن يونس: لأن الذكاة لا تعمل فيه، لنهاية⁽¹⁾ عليه السلام عنه، وهو خلاف نقل الجواهر .

فرع

قال اللخمي: تصح ذكاة المريضة إذا لم تشارف الموت فإن شارفت صحت ذكاتها عند مالك، وفي مختصر الوقار: لا تصح، والأول احسن، لما في الصحيحين⁽²⁾ أن أمة لكعب بن مالك كانت ترعى غنماً بسَلَم فأبصرت بشاة تموت فأدركتها فذكتها بحجر فسئل النبي عليه السلام فقال: (كلوها). وفيه أربع فوائد: ذكاة النساء، وبالحجر، وما أشرف على الموت، وذكاة غير المالك بغير وكالة.

وإذا لم يتحرك من الذبيحة شيء بعد الذبح أكلت ان كانت صحيحة. قال محمد: إذا سفح⁽³⁾ دمها: قال اللخمي: وكذلك أرى في المريضة الظاهرة الحياة: فإن قربت من الموت لم تؤكل الا بدليل على الحياة عند الذبح، قال ابن حبيب: وذلك اضطراب عينها، أو ضرب يدها أو رجلها، أو استماع نَفَسها في جَوَفها ونحوها⁽⁴⁾، وإذا أشكل الأمر لم تؤكل،

(1) البخاري في الصيد. باب لحوم الحمر الانسية، وفي المغازي، باب غزوة خيبر، عن عبد الله بن ابي اوفي، ورواه مسلم والنسائي.

(2) البخاري في الذبائح. باب ما انهر الدم من القصب. وباب ذبيحة المرأة والامة. وفي الوكالة عن كعب بن مالك. ورواه مالك في (الموطأ) في الذبائح.

(3) (د) سح.

(4) (د) ونحوها.

والاختلاجُ الخفيف ترك الأكل⁽¹⁾ معه أحسن. لأن اللحم يختلج بعد السلخ، وخروج الدم ليس دليلا وحده لخروجه من الميتة الا ان يخرج بقوة لا تليق الا بالحياة، قال صاحب (المقدمات): في وقت اعتبار علامات الحياة ثلاثة أقوال: بعد الذبح، معه، يكفي وجودها قبله.

فرع

قال اللخمي: المنخنقة والموقوذة بالذال المعجمة، وهي التي تُضرب حتى تموت، والمتردية، والنطيحة، وما أكل السبع، ما مات منها فحرام، وما لو ترك لعاش يذكي، وغير المرجو، والذي حدث به في موضع الذكاة لم تؤكل، وفي غيره يذكي ويؤكل عند مالك. قال ابن القاسم: ولو انتثرت الحشوة، لأن قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ﴾ بعد ذكر هذه الأقسام، استثناء متصل، لأنه الاصل، وقيل: لا يؤكل لأنه منقطع أي من غيرهن، لأنه لولا ذلك لكان قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ يعني عنه، وفي الجواهر: منع ابو الوليد جريان الخلاف الذي ذكره اللخمي إذا كان المقتل في غير محل الذكاة، وقال: المذهب كله على المنع، وانما الخلاف اذا بلغت الناس بغير اصابة مقتل، والمقاتل خسة: انقطاع النخاع، ونثر⁽²⁾ الدماغ، وفري الأوداج، وانثقاب المصران، ونثر الحشوة، وفي البيان اختلف في دق العنق من غير قطع الأوداج: فلم يره ابن القاسم مقتلا، وفي خرق الأوداج من غير قطع الأوداج فلم يره ابن عبد الحكم، وقيل: مقتل، ومعنى قوله: ان خرق المصران مقتل: إذا كان في مجرى الطعام قبل كونه رجيعا⁽³⁾ اما حيث يكون رجيعا⁽³⁾ فليس مقتلا، لان الغذاء محفوظ عن الجسد، وقد وجدنا من يعيش من بني آدم والدواب من هو

(1) ي: اللحم.

(2) د: وانتشار.

(3) د: رجيعا.

كذلك، ولذلك سقي عمر رضي الله عنه اللبن، فلما خرج من مجرى الطعام قيل له: أوص يا أمير المؤمنين، ولذلك تؤكل البهيمة إذا ذكيت فوجدت مثقوبة الكرش لأنه محل الفرث، وأما إذا شق الجوف فلا تذكى ولا تؤكل على الرويتين إلا على قول ابن القاسم في الذي ينفذ مقاتل رجل ثم يجهز عليه آخر، يقتل به الثاني، ويعاقب الأول، قال في المقدمات: والصواب: رواية سحنون عنه أن الأول يقتل به ويعاقب الثاني، قال في البيان: وفي المنخنة وأخواتها إذا سلمت مقاتلها أقوال: ثالثها: التفرقة بين الميؤس منه فيمتنع، وبين المرجو فيجوز، وجعلها ابن القاسم بخلاف المريضة الميؤسة، والجواز مطلقاً للملك وابن القاسم، والمنع مطلقاً لعبد الملك.

فرع

قال اللخمي: الجنين إذا لم تجر فيه حياة لم تنفع فيه ذكاة أمه ولا يؤكل، وإذا جرت فيه الحياة وعلامته عندنا: كمال الخلق ونبات الشعر: فإن ذكيت الأم وخرج حياً ثم مات على الفور: كرهه محمد وحرمه ابن الجلاب ويحيى بن سعيد، وإن استهل صارخاً انفرد بحكم نفسه، وإن لم تذك الأم وألقته ميتاً لم يؤكل، وكذلك إن كان حياً حياة لا يعيش معها: علم ذلك أو شك فيه، وإن ذكيت الأم فخرج ميتاً فذكاؤها ذكاته، وقاله (ش) خلافاً لـ (ح)، ومنشأ الخلاف: قوله⁽¹⁾ عليه السلام في أبي داود: (ذكاة الجنين ذكاة أمه) يروى برفع الذكاتين - وهو الأصح الكثير - وبنصب الثانية ورفع الأولى، فعلى الرفع يحل بذكاة أمه، لأن القاعدة أن المبتدأ يجب انحصاره في الخبر، ومنه: (تحريمها⁽²⁾ التكبير،

(1) أبو داود في الاصحاح: باب في ذكاة الجنين. عن جابر بن عبد الله، ورواه غيره، وهو صحيح.

(2) الضمير فيه للصلاة، وهو بعض حديث رواه الترمذي في الصلاة. باب ما جاء في تحريم =

وتحليلها: التسليم) اي ذكاته محصورة في ذكاة امه فلا يحتاج لغيرها، وعلى النصب معناه: ذكاة الجنين أن يذكى ذكاة مثل ذكاة أمه ثم حذف مثل وما قبله، وأقيم المضاف اليه⁽¹⁾ مقام المضاف فيفتقر الجنين الى الذكاة، وعليه أسئلة: أحدها: أنه شاذ، الثاني: انه يحتاج الى اضمار، والأصل: عدمه، الثالث: أن معناه: ذكاة الجنين في ذكاة أمه. ثم حذف حرف الجر فنصب، كقوله تعالى: ﴿وَاخْتَارَ مُوسَى قَوْمَهُ سَبْعِينَ رَجُلًا﴾ (الأعراف: 155) اي من قومه، وهذا أولى لقلة الإضمار، واتفاقه مع الرواية الأخرى، والا نقض⁽²⁾ كل واحدة منها الأخرى، (والحديث مخالف للأصول، لأنه اذا كان حيا ثم مات بموت الأم فإنما مات خنقا)⁽³⁾.

فرع

قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: الدابة التي لا يؤكل لحمها بطول مرضها، أو تتعب عن السير في أرض لا علف فيها: ذبحها أولى من بقائها تتعذب، وقيل: تعقر ليلا يغر الناس بذبحها على أكلها، وقال ابن وهب: لا تذبح ولا تعقر، لنهايه⁽⁴⁾ عليه السلام عن تعذيب الحيوان لغير مأكلة.

الصلاة وتحليلها. عن ابي سعيد الخدري. ورواه ابو داود في الطهارة، باب فرض الوضوء، عن علي بن ابي طالب. بلفظ: مفتاح الصلاة الطهور، وتحريمها التكبير، وتحليلها التسليم.

(1) د: واقم المضاف مقام المضاف اليه.

(2) د: تناقض.

(3) ما بين القوسين سقط من الأصل.

(4) في هذا المعنى احاديث منها: ان رسول الله ﷺ لعن من اتخذ الروح غرضا رواه في الصحيحين، وفي رواية فيها: لعن الله من مثل بالبهائم. وفيها ايضا من رواية انس: نهى رسول الله ﷺ أن تُصَبَّر البهائم، وروي النسائي عن عبد الله بن جعفر مرفوعا: لا تمثلوا بالبهائم.

تفريع

قال: لو تركها فأغلفها⁽¹⁾ غيره ثم وجدها، قال مالك: هو احق بها لأنه تركها مضطراً كالمكره، ويعطيه⁽²⁾ ما أنفق عليها، وقيل: هي لعالفها لإعراض المالك عنها.

النظر الثالث في المذكي به، وفي الكتاب: يجوز بالحجر والعود والعظم: قال اللخمي: الذكاة جائزة بكل مجهز من حديد أو قصب أو زجاج لما في (الصحيحين)⁽³⁾ عنه عليه السلام: (ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل، ليس السن والظفر، وسأخبرك عنها: أما السن فعظم، وأما الظفر فمدى الحبشة) معناه: عظم يرض ولا يفري، والظفر يخنق ولا يذبح، أو يكون ذكر الحبشة تنبيهاً على أنه من شعار الكفار⁽⁴⁾، فيكون ذلك من باب النهي عن زي الأعاجم، قال: وفي العظم والسن والظفر أربعة أقوال: أجاز مالك وابن حنبل العظم والظفر⁽⁵⁾ ومنعها ابن حبيب و(ح) إذا كانا مركبين، وجوزا المنزوعين إن امكن الذبح بهما لكبرهما، وكره السن وأبيح العظم. ومنع (ش) الثلاثة حتى لو عمل العظم نشاباً لأن الاستثناء في الحديث ورد مطلقاً، وجوابه: أنه معلل بما سبق، وقال اللخمي: لا ينبغي أن يذكى بغير الحديد الا عند عدمه لقوله⁽⁶⁾ عليه

(1) د: فعلفها.

(2) د: ويدفع.

(3) البخاري في الشركة. باب قسمة الغنم، وفي الجهاد. باب ما يكره من ذبح الايل الخ ومسلم في الاضاحي، باب جواز الذبح بكل ما أنهر الدم، عن رافع بن خديج.

(4) د الكفر.

(5) (والظفر) سقطت من ي.

(6) مسلم في الصيد، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل، ورواه اصحاب السنن الثلاثة عن شداد بن أوس، وفيه: وليجد أحدكم شفرته.

في مسلم: (إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح، وليحد أحدكم مديته وليريح ذبيحته).

النظر الرابع في صفة الذكاة، وهي خمسة أنواع: عقر في الصيد البري ذي الدم، وتأثير من الانسان من حيث الجملة بالرمي في الماء الحار، أو قطع الرأس أو أرجل أو أجنحة في الجراد ونحوه من غير ذي الدم عند ابن القاسم في الكتاب، وقال اشهب في مدونته: لا يؤكل اذا قطعت أجنحته أو أرجله قبل السلق، ولا من قطع الرأس، قال ابن يونس: قال اشهب⁽¹⁾: أجنحتها كصوف الميتة، وتؤكل، ولو سلقت أفخاذها بعد قطعها منها لم يؤكل الجميع، لأن المَبَان عن الحي ميتة، قال ابو محمد: وهذا غلط، وقال ابن عبد الحكم: لا بد من التسمية عند فعل الذكاة من سلق أو غيره، الثالث: الذبح في نحر الغنم، الرابع: النحر في الإبل، الخامس: التخيير بينهما مع أفضلية الذبح في البقر، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً﴾ (البقرة: 67)، وفي الحديث الصحيح⁽²⁾: نحر عليه السلام عن أزواجه البقر في حجة الوداع. وأصل ذلك: أن المقصود بالذكاة الفصل بين الحرام الذي هو الفضلات المستقدرة، وبين اللحم الحلال، بأسهل الطرق على الحيوان، فما طالت عنقه كالإبل فتحرره أسهل لزهوق روحه لقربه من الجسد، وبعد الذبح منه، والذبح في الغنم أسهل عليها لقربه من الجسد والرأس معاً، ولما توسطت البقر بين النوعين جاز الأمران، وأشكل على هذه القاعدة النعامة، ففي الجواهر: أنها تذبح ولم يحك خلافاً مع طول عنقها ولعل الفرق بينها وبين الإبل أن نحرها ممكن من جوفها، فنحرها شق لجوفها، ولذلك حرم نحر الغنم.

وفي الجواهر: قال الشيخ أبو بكر: اذا نحر الفيل انتفع بعظمه وجلده،

(1) (قال اشهب) سقطت من الأصل.

(2) مسلم في الحج. باب الاشتراك في الهدى، عن جابر بن عبد الله.

قال ابو الوليد : وخصه بالنحر مع قصر عنقه ، لأنه لا عنق له .

قال اللخمي : النحر في البقرة ، ويجزىء منها ما أنهر الدم ، ولم يشترطوا فيه الودجين والحلقوم كالذبيح ، وظاهر المذهب : إجزاء الطعن ما بين اللبة والمنحر إذا كان في الودج ، لأن عمر رضي الله عنه بعث منادياً : النحر في الحلق واللبة . ولا يكفي الطعن في الحلقوم لبقاء الحياة بعد شقه ، وإذا وقع النحر في المنحر قطع الودجين لأنه جمعها ، ويجزىء قطع ودج .

فائدة : اللبة واللبب وسط الصدر ، وفي الكتاب : الذبيح في الأوداج والحلقوم ، لا يجزىء أحدهما ، ولم يعتبر المريء ، واعتبره (ش) وابن حنبل مع الحلقوم . لأنه مجرى الطعام ، واعتبر (ح) ثلاثة من هذه الأربعة غير معينة . لأن الأقل تبع (للاكثر) . لنا : أن المقصود بالذكاة اخراج الفضلات بأسهل الطرق ، والمريء مجرى الطعام والشراب ، فقطعه⁽¹⁾ لا يرجىء الموت ، وبقاء الوريد يمنع الموت ، فانحصر المقصود في الحلقوم ، لأنه مجرى النفس ولا حياة بعده ، وفي الوريدين لتعذر الحياة بعد الدماء وسقط المريء ، ويؤكداه قوله⁽²⁾ عليه السلام : (ما أنهر الدم وذكر اسم الله فكل) وإنهار الدم انما يكون من الأوداج ، وأصل الإنهار السعة ومنه : النهر ، لاتساعه للماء ، والنهار لاتساع⁽³⁾ الضوء فيه ، ومن ضرورة قطع الودجين : قطع الحلقوم غالباً ، قال : لأنه قبلهما ، فبدل اللفظ على الودجين⁽⁴⁾ مطابقة ، وعلى الحلقوم التزاماً ، وأما المريء فوراءهما ملتصق بعظم القفا فلا يدل اللفظ عليه البتة ، قال اللخمي : وروي عن مالك : لا بد من الأربعة ، والاكتفاء بالودجين لخروج الدم ، وقال ابن حبيب : إن قطع الأوداج ونصف الحلقوم اجزأ .

(1) فقطعه سقطت من الاصل . ولا بد منها .

(2) تقدم تخريجه .

(3) في ي : لاتساع الظرفية ، وهو مصحف .

(4) د .. على الودجين غالباً لأنه مطابقة ...

قال صاحب المقدمات: وفرائض الزكاة خمس: النية إجماعاً، وقطع
الودجين والحلقوم، والفور، والتسمية سنة، وقاله (ش) وصاحب النكت،
وقال صاحب الاكمال: المشهور وجوبها مع الذكر دون النسيان، ومتروك
التسمية عمداً لا يؤكل، وقاله (ح) وابن حنبل، لقوله تعالى: ﴿وَلَا
تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكَّرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ (الأنعام: 121)⁽¹⁾ وفي البخاري:
(أن قوماً قالوا: يا رسول الله، إن قوماً من الأعراب يأتوننا باللحم
لَا نذري أذكروا اسم الله عليه أم لا؟ قال: سمّوا الله وكلوا) وهو
يدل على عدم اشتراطها، وقد قال المفسرون في الآية: معناها: ما ذبح على
ملككم فكلّوا، وما لا فلا، قال ابن يونس: قال ابن حبيب: باسم الله، ولا
اله الا الله، وسبحان الله، ولا قوة الا بالله، كل واحدة منها تجزئ،
لأنه ذكر الله، لكن العمل على: باسم الله والتكبير، وقاله ابن حنبل،
وفرق بين: الحمد لله والحمد لله، لأنه دعاء، قال محمد: والأفضل في
الأضحية: رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ، وفي الكتاب لا يعرف
مالك: اللهم منك ولك، خلافاً لـ (ش).

ومن أمر عبده بالتسمية مرتين وثلاثاً وهو يقول: سميت ولم يسمعه
صدقه وأكل، قال ابو الطاهر: إن ترك التسمية ناسياً لا يضره ذلك قولاً
واحداً. أو متهاوناً لم تؤكل على اختلاف، أو عامداً فقولان.

نظائر أربع. مسائل أسقط مالك فيها الوجوب مع النسيان: التسمية،
وموالة الطهارة، وإزالة النجاسة، وترتيب الصلاة الفاتحة مع الحاضرة،
لضعف مدرك الوجوب، بسبب تعارض الأدلة، فقوي السقوط بعذر⁽²⁾
النسيان.

(1) البخاري في الصيد. باب ذبيحة الأعراب ونحوهم. عن عائشة، وهو في الموطأ وغيره.

(2) في ي: بعد.

فرع

قال صاحب تهذيب الطالب: لو استأجر رجلا على الذبح واسماع التسمية فذبح ولم يسمعه، وقال: سميت، قال بعض شيوخنا (لا شيء⁽¹⁾) له من الأجرة لفوات الشرط، ولا يغرم الذبيحة، وقال بعض شيوخنا: له تغريمه، وقال ابو عمران: وهي مجزئة، لأنه⁽²⁾ إن أسرها فالسر كالعلائية فيها، وان نسي فنسيانها لا يقدر، ولا يظن بالمسلم غير ذلك، إلا ان تكون الشاة للبيع فينقصها ذلك من اجل⁽³⁾ تورع الناس فله ما نقص، وقال ابو عمران ايضا: ان كانت اجرة الإسماع اكثر من أجرة السر، فله أجرة المثل. وفي الكتاب: الذابح لغير القبلة تؤكل ذبيحته وبئس ما صنع، ويسمى الله عند الذبح وليقل: باسم الله والله اكبر، لقوله⁽⁴⁾ عليه السلام ذلك، وليس موضع الصلاة على النبي عليه السلام.

قال اللخمي: يكره الذبح لغير القبلة، فإن فعل أكلت عند ابن الناسم، وقال محمد: تؤكل الا ان يكون متعمدا فتكره، وقال ابن حبيب: إن عمد حرمت، وكذلك قال مالك قياساً على التسمية، والفرق للمذهب: أن الاستقبال أخف من التسمية لعدم دلالة النصوص عليه في الكتاب والسنة، بخلاف التسمية تظاهرت النصوص على الأمر بها، وانما الذبيحة لا بد لها من جهة، فاختر افضل الجهات وهي جهة الكعبة، والفرق بينه وبين الاستقبال للبول، وان كان الدم نجاسة كالبول وجهان: ان الدم اخف

(1) ما بين القوسين سقط من د.

(2) في د: لو أسرها.

(3) في ي: من جهة تورع.

(4) رواه ابو داود في الضحايا. باب ما يستحب من الضحايا، والترمذي في الاضاحي، عن جابر بن عبد الله، وهو ضعيف.

تنجيساً لأكل قليله، والعفو عن يسيره، وإن الذبائح في حبسها قربات بخلاف البول، وايضا البول تنضاف اليه العورة.

تفريع

في الكتاب: اذا نحر الغنم⁽¹⁾ أو ذبحت الابل من غير ضرورة لم تؤكل، وقال الاثمة: يسد كل واحد من النحر والذبح مسدّاً الآخر لحصول المقصود، للفصل بين الحلال والحرام الذي هو الدم.

والواقع من الغنم في بئر لا يوصل لذكاته الا بين اللبة والمذبح فيذبح أو ينحر، ولا يجوز في موضع غير ذلك لأنه غير مشروع إلا في الصيد على خلاف الأصل، وليس هذا صيدا، قال اللخمي: إذا عاد الوحشي الى التوحش بعد التأنس فذكاته بالاصطياد، واختلف في الإنسي يتوحش او يسقط في بئر فلا يؤكل بما يؤكل به الصيد عند مالك وابن القاسم، وقال ابن حبيب: يؤكل البقر المتوحش بالعقر لأن من جنسها متوحشا، وكذلك الأنعام تقع في البئر ويعجز عن ذكاتها، وقاله (ش) اذا تدفق⁽²⁾ الدم، لما يروى⁽³⁾ أن رجلا يقال له أبو العشاء⁽⁴⁾ تردى له بعير في بئر فهلك فقال عليه السلام له: (وأبيك لو طعنت في خاصرتها لحلت لك)، وجوز اشهب النحر مكان الذبح وبالعكس، وقال ابن بكير: يؤكل البعير بالذبح لأنه الأصل، ولا تؤكل الشاة بالنحر لأنه بعض أعضاء الذبح.

(1) في د: اذا ذبحت الابل او نحر الغنم.

(2) في د: اندفق.

(3) حديث ابي العشاء رواه الترمذي في الأطعمة، باب ما جاء في الذكاة في الحلق واللبة، وابو داود في الاضاحي: باب في ذبيحة المتردية. عن ابي العشاء، والحديث ضعيف، وليس فيه ما في المتن من تردى البعير، ولفظه: لو طعنت في فخذهما أجزأ عنك.

(4) في (ي): أبو العشرين وفي (د) أبو العشر. والصواب: ما أثبتنا.

فرع

قال اللخمي: الجوزة التي في رأس الخلقوم - وتسمى الغلصمة - إن وقع الذبح فيها أجزأ إذا استكمل دائرها، فإن قطع نصفها أكلت عند ابن القاسم خلافاً لسحنون (وهما⁽¹⁾) على أصليهما، فإن صار جميعها إلى البدن دون الرأس لم تؤكل عند مالك وابن القاسم خلافاً لأشهب لدلالة الحديث عليها التزاماً، وأشهب يرى انقطاع النفس حاصلًا وهو كاف في زهوق الروح.

فرع

قال اللخمي: من شرط الذكاة: الفور، فإن رفع يده قبل كمال الذكاة ثم أعادها بعد طول لم تؤكل، أو بفور ذلك أكلت عند ابن حبيب، وقال سحنون: لا تؤكل، وقال أيضاً: تكره، وتأول بعضهم قوله بما إذا رفع يده مختبراً فأتم على الفور فتؤكل، وإن رفع جازماً لم تؤكل، قال: ولو عكس لكان أبين، لأنه اعذر من الشك، قال: وأرى أن تؤكل في الحالين لأن الفور كالمتحد⁽²⁾.

وفي تهذيب الطالب: قال الشيخ أبو الحسن: إن كانت حين الرفع لو تركت لعاشت أكلت، لأن الثانية ذكاة مستقلة، والا لم تؤكل كالمرتدية وأخواتها.

(1) ما بين القوسين سقط من د.

(2) (كالمتحد) كذا بدون نقط في د وهي ساقطة من ي.

فرع

في الكتاب: اذا تهادى حتى قطع الرأس أكلت، وان لم يتعمد، وقال ابن القاسم: تؤكل وان تعمد لحصول الذكاة المشروعة وزيادة الألم بعد ذلك منهى عنه لا يمنع الإجزاء، قال اللخمي: إن تعمد لم تؤكل، والأول أحسن إلا ان يقصد ذلك أولاً، ولم ينو موضع الذكاة فلا تؤكل، فإن ذبح من القفا لم تؤكل لنفوذ مقتلها الذي هو النخاع قبل الذكاة، وقال الأئمة: تؤكل إن استمرت الحياة عند أعضاء الذبح لحصول الذكاة في الحي.

وفي الجواهر: قال ابن حبيب: لا يؤكل ما ذبح من صفحة العنق.

فرع

في الكتاب: لا تسليخ الشاة ولا تنخع ولا يقطع شيء منها حتى تموت، فإن فعل أكلت مع المقطوع، والنخع: قطع مخ عظم العنق، ومن ذلك كسره.

قال اللخمي: يكره سن المدينة بحضرة الشاة والذبح بحضرتها، فقد أمر⁽¹⁾ عليه السلام أن تُحد الشفار وتواري عن البهائم. ورأى عمر رضي الله عنه رجلاً يحد شفرة وقد أخذ شاة ليذبحها، فضربه بالدرّة وقال: أتعذب الروح؟ ألا فعلت ذلك قبل أن تأخذها؟ وتؤخذ البهيمة

(1) روى الطبراني في الكبير والأوسط ورجاله رجال الصحيح كما قال الهيثمي في (جمع الزوائد 33/4) عن ابن عباس مر النبي ﷺ على رجل واضع رجله على صفحة شاة وهو يحد شفرته وهي تلحظ إليه ينظرها قال ﷺ: أفلا قتل هذا؟ أو يريد ان يميتها مؤتتين؟ وصح في السنن امره ﷺ باحداد الشفار.

اخذاً رفيقا وتضع على شقها الأيسر ليتمكن بيده اليمنى، ولأنه أهيأ⁽¹⁾ للحيوان، ولذلك كان⁽²⁾ عليه السلام ينام على الأيمن حتى لا⁽³⁾ يقوى نومه فينام عن ورده⁽⁴⁾. بسبب ميل القلب اليه في موضعه داخل الصدر، ويعلي رأسها ويأخذ بيده اليسرى الجلدة التي على حلقها من اللحي⁽⁵⁾ الأسفل فيجد⁽⁶⁾ لحمها حتى يتبين موضع السكين، ثم يمر السكين مرأً مجهزاً فإن كان أعسر: قال ابن القاسم: لا بأس بوضعها على الأيمن، قال ابن حبيب: يكره للأعسر الذبح.

قال ابن يونس: كره مالك⁽⁷⁾ ذبح الدجاج والطير قائماً فان فعل أكلت.

وفي الجواهر: تنحر الابل قائمة معقولة، ويجوز غير ذلك، وقاله ابن حنبل لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكَلُّوا مِنْهَا﴾ (الحج: 36) اي سَقَطَتْ، وهو يدل على نحرها قائمة.

(1) في د أهني.

(2) رواه ابو داود في الادب. باب ما يقول عند النوم، وعلل شراح الحديث ذلك بما ذكر المؤلف.

(3) في د حتى يقوى، وهو تحريف.

(4) في ي: عن صدره.

(5) في د الحلق، وهو تصحيف.

(6) الاصل: فينحرها وهي مصحفة كما ان فيما اثبتنا عن د شيئا.

(7) (مالك) سقطت من (م).

كتاب الأضحية

قال الجوهري: فيها أربع لغات: أضحية بضم الهمزة وتسكين الضاد وكسر الحاء وتشديد الياء، وتكسر الهمزة والباقي على حاله، والجمع أضاحي، وفتح الهمزة وكسر الحاء وتشديد الياء، وضحية على وزن فعلية، والجمع ضحايا، وأضحات بفتح الهمزة وتسكين الضاد، والجمع أضحا مثل أرطاة وأرطا، وبهامة، وبهيمًا، سمي يوم الأضحى، ويمكن أن يكون من الضحى بالقصر وهو وقت طلوع الشمس، أو من الضحَاء المدود مع فتح الضاد وهو حين ارتفاع النهار، لأنها تذبح فيها.

ويتمهد الفقه بالنظر في مشروعيتها، وما يجزىء فيها، وزمانها، وأحكامها، فهذه أربعة انظار.

النظر الأول في مشروعيتها. وفي الكتاب: الأضحية واجبة على المستطيع مسافراً أو حاضراً إلا الحاج فإن ستنهم الهدني، وساكني منى، والمكي الذي يشهد⁽¹⁾ الموسم كالأفاقي⁽²⁾، وقال (ح): لا يؤمر المسافر بالأضحية، لأن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا إذا سافرا لا يضحيان، وفي (تهذيب الطالب): قال ربيعة: هي أفضل من صدقة

(1) في د لم يشهد، وهو تحريف.

(2) في د كالأفاقي.

سبعين ديناراً، وقال ابن حبيب: أفضل من العتق وعظيم الصدقة، لأن إقامة السنة أفضل من التطوع، وقال صاحب القبس: يستحب للإنسان أن يضحى عن وليه، كما يستحب له الحج عنه والصدقة، وفي الترمذي⁽¹⁾: قال علي رضي الله عنه: أوصاني رسول الله ﷺ أن أضحي عنه. قال: وعندي أن الميت يصل إليه كل عمل يعمله الحي، وفي الكتاب: لا تجب على من فيه رق للحجر عليه في المال، قال اللخمي: المراد بالوجوب: السنة المؤكدة، وقاله (ش) وابن حنبل لما في مسلم⁽²⁾ قال عليه السلام: (إذا دخل العشر وأراد أحدكم أن يضحى فلا يمس من شعره ولا بشره شيئاً) فوكل ذلك لإرادته، وقال في كتاب محمد بالوجوب، وقاله ابن القاسم في الكتاب لتصريحه بتأثير من آخر أضحيته عن أيام النحر، ووافقه (ح) لقوله⁽³⁾ عليه السلام لأبي بردة في جذعة الماعز: (تجزئك ولا تجزىء أحداً بعدك) والإجزاء فرع شغل الذمة، قال أبو الطاهر: قول ابن القاسم بالتأثير في الكتاب محمول على الوجوب، وقيل: إنما يثبت الوجوب إذا اشتراها.

فرع

قال ابن القصار: يستحب لمن أراد التضحية ألا يقص شعره ولا ظفره إذا أهل ذو الحجة حتى يضحى. لقوله⁽⁴⁾ عليه السلام: (إذا دَخَلَ العشر

(1) في الاضاحي، باب ما جاء في الأضحية عن الميت، ورواه أبو داود في الاضاحي، باب الأضحية عن الميت، أيضاً عن علي، وأشار الترمذي إلى ضعفه بقوله: غريب لا نعرفه إلا من حديث شريك الخ.

(2) مسلم، كتاب الاضاحي، باب نهي من دخل عليه عشر ذي الحجة وهو يريد التضحية أن يأخذ من شعره واطفاره شيئاً. عن أم سلمة رضي الله عنها.

(3) البخاري في الاضاحي، باب قول النبي ﷺ لأبي بردة: ضح بالجذع من المعز. ومسلم في الاضاحي، باب وقتها، عن البراء بن عازب.

(4) تقدم تخريجه آنفاً.

وأراد أحدكم أن يضحى فلا يأخذ من شعره ولا بشره شيئاً) فإذا ضحى اخذ من كل ما منع من اخذه، وقاله (ش)، واختلف في تعليقه، فقيل: تشبهاً بالحرمين، ويشكل بالطيب والمخيط وغيرهما، وقيل: لما يروى⁽¹⁾ عنه عليه السلام قال: (كبر أضحيتك يعتق الله بكل جزء منها جزءاً منك من النار) والشعر والظفر أجزاء، فيترك حتى يدخل في العتق.

فرع

قال اللخمي: قال ابن حبيب: من ولد يوم النحر أو آخر أيامه يضحى عنه، وكذلك من أسلم لبقاء وقت الخطاب بالأضحية، بخلاف زكاة الفطر.

فرع

ولا يؤمر بها من تجحف بماله من غير تحديد، ويضحى عن الصبي لوجود السبب في حقه وهو أيام النحر كملك النصاب.

فرع

وفي البيان: للغزاة أن يضحوا من غم الروم، لأن لهم أكلها ولا يرُدوها⁽²⁾ للمقاسم.

النظر الثاني فيما يجزى منها. وفيه ثلاثة فصول.

الفصل الأول: في جنسها. قال اللخمي: يختص بالنعم: الابل والبقر والغنم، والابل دون الوحش، كان له نظير من النعم أم لا لقوله تعالى:

(1) لم اجد هذا الحديث فيما بين يدي من مصادر.

(2) د ولا يؤدوها للمقاسم.

﴿عَلَى مَا رَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ﴾ (الحج: 28) وأفضلها: الغنم ثم البقر ثم الإبل، وقال (ش) و(ح): أفضلها الإبل ثم البقر ثم الغنم لقوله⁽¹⁾ عليه السلام: (من راح في الساعة الأولى فكأنما قرب بدنة، ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة، ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً) الحديث، ولأن سد⁽²⁾ الخلات مطلوب للشرع، وهو من الإبل أكثر فيكون أفضل، والجواب عن الأول: القول بالموجب، لأنه عليه السلام قال: فكأنما قرب بدنة، ولم يقل في أي باب فيحمل على الهدايا وهو مجمع عليه، وعن الثاني: إن⁽³⁾ المطلوب من الضحايا ليس كثرة اللحم وسد الخلات بخلاف الهدايا، لقوله⁽⁴⁾ عليه السلام: (خير الأضحية الكبش) ولأن المطلوب أحياء قصة الخليل عليه السلام لقوله تعالى: ﴿وَقَدْ يَنَازَعُ إِذْ يُضْحِكُ وَيَضْجَعُ عَظِيمٌ، وَتَرَكَنَا عَلَيْهِ فِي الْآخِرِينَ﴾ (الصافات: 107) قيل: جعلناه سنة للآخرين، ولأن الله وصفه بالعظيم، ولم يحصل هذا الوصف لغيره من جهة المعنى إن⁽⁵⁾ المفدى لم تكن نفاسته لعظم جسمه بل لعظم معناه، فكذلك ينبغي أن يكون فداؤه تحصيلاً للمناسبة، لانه عليه السلام لما ضحي عن نفسه ضحي بالكبش، وفي مسلم⁽⁶⁾: (أمر عليه السلام بكبش أقرن يطاءً في سواد، وينظر في سواد، فأتي به ليضحى به، قال يا عائشة: هلمى المديّة، ثم قال: اشحذها بجحر

(1) هذا بعض حديث رواه البخاري في الجمعة: باب فضل الجمعة، ومسلم في الجمعة، باب

التطيب والسواك للجمعة عن أبي هريرة.

(2) د شدة الخلاف، وهو تحريف.

(3) د ليس المطلوب... كثرة اللحم.

(4) هو بعض حديث رواه أبو داود في الجنائز. باب كراهية المغالة في الكفن. عن عبادة

ابن الصامت، وهو ضعيف، ولفظه: خير الكفن الحلة، وخير الأضحية الكبش الأقرن.

(5) (إن) سقطت من د.

(6) في الاضاحي، باب استحباب الضحية وذبحها مباشرة بلا توكيل والتسمية والتكبير. عن

عائشة.

ففعلت، ثم أخذها وأخذ الكبش فأضجعه ثم قال: بسم الله، اللهم تقبل من محمد وآل محمد، ثم ضحى به) وحيث ضحى بالبقر انما كان عن أزواجه.

وقال ابن شعبان: افضلها الغنم ثم الإبل ثم البقر، وقال أشهب: الابل ثم البقر (وقال⁽¹⁾ ايضاً: الابل ثم البقر) ثم الغنم لمن هو بمنى لأنه لا أضحية عليه، بل يغلب عليه حكم الهدى. وذكور كل جنس أفضل من انثاه، وانثاه أفضل من الجنس الآخر، وقال ايضاً: الذكور⁽²⁾ والإناث سواء، والفحل عنده أفضل من الخصي لشبهه بالأنثى، وقال ابن حبيب: الخصي السمين، أفضل من الفحل⁽³⁾ الهزيل، لأنه عليه السلام (ضحى⁽⁴⁾ بكبشين أملحين موجوئين أي خصبين) لأن الوجاء: القطع.

فائدة. من الإكمال: الأملح: الأبيض كلون الملح يشوبه سوادٌ ممزوج، والذي يخالط بياضه حمرة، أو سواد تعلوه حمرة، أو بياضه أكثر من سواده، أو في خلال بياضه طبقات سود أو النقي⁽⁵⁾ البياض، ستة أقوال.

فرع

قال ابو الطاهر: المتولد بين الأنعام وغيرها: إن كانت الإناث من غير الأنعام، لا تجزي اتفاقاً لأن الحيوان غير الناطق انما يلحق بأمه، ولذلك انما يسمى يتماً اذا ماتت أمه، فإن كانت من الأنعام فالإجزاء، لأنها هي

(1) ما بين القوسين زيادة من الاصل.

(2) د الذكر والانثى.

(3) د العجل.

(4) رواه احمد في المسند مسند عائشة عنها وعن ابي رافع، ورواه الحاكم في المستدرک في كتاب الضحايا وحسن الميثمي في جمع الزوائد اسناده، ونحوه باطول منه في سنن ابن ماجه عن عائشة وعن ابي هريرة، وفي اسانيد الجميع مقال.

(5) د: او النقاء البياض.

الأصل، وعدم الإجزاء لأن مورد الشرع ما خُص من الأنعام، وهذا لم يخلص.

فائدة: الأنعام والنعمة والنعم والنعماء والنعم، قال صاحب كتاب الزينة: هي مأخوذة من لفظة نعم في الجواب. لأنها تسر النفوس غالباً فاشتق اسم ما يسر منها، وقيل: النعم من نعمة الرجل وهي صدرها، وهي تمشي على صدور أرجلها فسميت نَعْمًا.

الفصل الثاني في سننها، وفي الكتاب: لا يجزىء ما دون الثني من الأنعام كلها في الضحايا والهدايا إلا من الضأن، وقاله الأئمة، لما في مسلم⁽¹⁾: قال ابو بردة بن نيار: (عندي جذعة من المعز هي خير من مسنة؟ فقال عليه السلام: اذبحها ولن تجزىء أحدا بعدك) وفيه⁽²⁾: (لا تَذْبَحُوا إِلَّا مَسْنَةً، فَإِنْ عَسَّرَ عَلَيْكُمْ فَادْبَحُوا الْجَذْعَ مِنَ الضَّأْنِ) والمسنة هي الثنية، قال ابن يونس: قال ابن حبيب: وسن الجذع من الضأن من ستة أشهر، وقيل: ثمانية أشهر، وقيل: سنة، وقاله (ح).

قال ابن حبيب: والثني من المعز ابن سنتين، وقاله (ش)، ومن البقر ابن أربع⁽³⁾، ومن الإبل ابن ست، وقاله (ش) وابن حنبل، قال عبد الوهاب و(ح): الثني من المعز ما دخل في الثانية، ومن البقر ما دخل في الثالثة: وقاله (ش) و(ح)، وفي الجواهر: قال أشهب وابن نافع وعلي بن زياد وابن حبيب: الجذع ماله سنة، وقال ابن وهب: عشرة أشهر، وقيل: ثمانية، وروى عن سحنون وعن علي: سنة، قال: والتحاكم في ذلك إلى أهل اللغة، والأول أشهر عندهم، قاله في كتاب الزكاة.

(1) تقدم تخريجه.

(2) مسلم في الأصاحي، باب سن الأضحية، عن جابر بن عبدالله، ورواه كذلك ابو داود والنسائي.

(3) ي: ومن البقر الاربع.

تنبيه. إنما اختلفت أسنان الثنانيا لاختلافها في قبول الحمل والنزوان فإن ذلك إنما يحصل غالباً في الأسنان المذكورة، ويحصل في الجذع من الضأن بخلاف غيره، ولما كان ما دون الحمل من الآدمي ناقصاً في حين الصغر، كان من الأنعام كذلك لا يصلح⁽¹⁾ للتقرب، وقد تقدم في الزكاة استيعاب هذا المعنى.

الفصل الثالث: في صفتها، وينبغي أن تكون افضل نوعها، ويقتدى فيها بالصفات الواردة في السنة، ولا يقصد بها المباهاة والمفاخرة، فلا يقبل الله تعالى الا الخالص له، فإنه أغنى الشركاء عن الشرك، وفي الصحيح⁽²⁾: سئل عليه السلام أي الرقاب أفضل؟ فقال: (أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها)، قال صاحب الاكمال: والمشهور تسمين الأضحية لما في الصحيحين: قال ابو العالية: كنا نسمن الأضحية بالمدينة، وكان المسلمون يسمنون. وقال ابن القوطي⁽³⁾: يكره لأنه سنة اليهود.

والعيوب المخلة بها ثلاثة اقسام: ما يُخل بالحلم كقطع الأذن، وما يفسد اللحم كالمرض والجرب، وما يخل بالجمال فقط، كشق الأذن وقطع الذنب الذي لا لحم فيه، وعطب الضرع عن الحلاب فتطرد⁽⁴⁾ النصوص في ذلك. وفي الكتاب: تجزئ المكسورة القرن إلا ان يدمي، لأنه حينئذ مرض، ولا تجزئ المريضة البين مرضها، ولا البشمة، ولا الجربة، لأنها مرض، ولا بأس بالبياض اليسير في العين على غير الناظر، والشق الوسم⁽⁵⁾، ويسير القطع بخلاف جلها، ولا يجزئ العرج البين بخلاف ما لا يمنع لحوق

(1) د لا يصح للتقريب. وهو مصحف.

(2) هو بعض حديث رواه البخاري في العتق، باب اي الرقاب افضل، ومسلم في الإيمان، باب بيان كون الإيمان بالله تعالى افضل الاعمال. عن ابي ذر الغفاري.

(3) د: ابن العسري.

(4) ي: فنسرد النصوص.

(5) كذا في النسختين، ولعلها: للوسم.

الغَنَم، ولا تُجْزى العمياء ولا العوراء ولا العجفاء، ولو حَدَثَ ذلك بعد الشراء بخلاف حدوثه بالهدايا بعد التقليد، لأن الاضحية لا تتعين الا بالذبح، ولا تجزى الناقصة الخلق، ولا بأس بالجلحاء وهي الجهاء، والسكاء وهي الصغيرة الأذن وهي الصمعاء، ومنه صومعة الأذان، لأنها لا يبرز منها شيء، ولا تجزى المخلوقة بغير الأذنين. وفي النسائي⁽¹⁾ قال عليه السلام: (أربع لا تجوز في الأضاحي: العوراء البين عورها، والمريضة البين مرضها والعرجاء البين ضلعها، والعجفاء التي لا تنقي) قال اللخمي: تستحب المنافسة في الأضحية قياساً على العتق بجامع القرية، وإذا كثر عيب من غير الأربعة التي في الحديث فالذهب بقياسه عليها، وقصر البغداديون ذلك على الأربعة، وقال ابن حنبل⁽²⁾: لا يُجْزى ما لا نقي لها وهو الشحم، وقيل: التي لا مخ لها، فعلى هذا تجزى أول ذهاب شحمها، ولا يُجْزى الجرب البين لأنه يفسد اللحم، وقال مالك⁽³⁾ تجزى الهرمة ما لم يكن بيناً، ولا يجزى الجنون اللازم لأنه يمنع الرعي فينقض اللحم ويمنع الجمال بخلاف ما يحدث في الأحايين، وإذا ذهب الأكثر من كل عين لم تجزى⁽⁴⁾ بخلاف اليسير منها، والشرقاء: المشقوقة الأذن، والخرقاء: المثقوبتها، والمقابلة: المقطوع اذنها من قِبَل وجهها، والمدابرة: من جهة دُبُرِها. ووافقنا الاثمة في جميع ذلك غير أن (ح) قال: اذا حدث العيب عند الذبح أجزأت خلافاً لـ (ش) كأنه يرى أن العيب لم يبق له زمان يظهر فيه أثره، ولم ير مالك و(ش) الخصاء عيباً، لأن الخصية لا تجمل

(1) رواه مالك في الموطأ في الضحايا، باب ما ينهى عنه من الضحايا، عن البراء بن عازب، ورواه النسائي في الضحايا. باب ما ينهى عنه من الاضاحي الخ وهو صحيح، والضلع: العرج، لا تنقي اي لا نقي لها، والنقي مخ العظم، والمعنى: شدة المزال.

(2) د: ابن حبيب.

(3) د: لا تجزى، وهو تحريف.

(4) ي: لم يجز.

الحيوان، ولا تقصد بالأكل غالباً وعدمها يطيب اللحم، ولا خلاف في الأنثى الكثيرة الولادة، والذكر الكثير النزو إن فسد لحمهما بذلك، قال اللخمي: لا يمنع الإجزاء عند البغداديين ذهابُ أكثر الأذن، وعلى المذهب لا يجزىء ماله بآل لنقص الثمن، فما كان دون الثلث فيسير، أو فوقه فكثير، وقال ابن حبيب و(ح): الثلث كما هو في الدية، ومنع (ش) الإجزاء بذهاب قطعة من الأذن بخلاف الشق، وقال محمد: النصف كثير، ولا أحد⁽¹⁾. قال اللخمي: والشق أيسر من الذهاب فيجزىء النصف، وقال محمد: تجوز إذا ذهبت جملة قرونها، وقال ابن حبيب: لا تجوز العضباء وهي المكسورة القرن وان لم يذم، بخلاف ذهاب⁽²⁾ جراحة فقط، قال اللخمي: ولا أرى تجزىء من ذلك ما يكثر له شبيها⁽³⁾ وقال أشهب⁽⁴⁾: تجزىء وان كانت تدمي إذا كان المرض خفيفا لسلامة اللحم، قال ابن يونس: المكسورة الخارج تسمى: قصماء، والذكر أقصم، والمكسورة الداخل تسمى: عضباء، والذكر أعضب، وقال مالك في الكبش يطول ذنبه فتقطع منه قبضة: يجتنب، قال محمد: الكثير مكروه، والثلث كثير، ولا خير في مشطور الضرع كله، قال صاحب تهذيب الطالب: قال محمد: إذا يبس ضرعها كله لا يضحي بها، وان كانت ترضع ببعضه جاز، قال أبو الطاهر: والمخلوقة بغير ذنب لا تجزىء لنقصان اللحم الا على القول بقصر العيوب على الأربعة، قال اللخمي: ولا تجزىء الذاهية الأسنان بكسر ونحوه، وقاله (ش)، وقال ابن حبيب: تجزىء إذا كان يائغار، قال مالك: وكذلك الكبر، ومنعه مرة، والتن في الفم مما يتقي لنقصان الجمال، واستلزامه بغير اللحم أو بعضه.

(1) ي: ولا احداد، وهو تصحيف.

(2) د بخلاف خارجه، وهو الصواب.

(3) كذا الاصل وفي (د) شبنها، ولعلها شينها.

(4) (وقال أشهب) سقطت من د.

النظر الثالث في زمانها. وفي الكتاب: يضحي الامام بالمصلي بعد الصلاة ثم يذبح الناس بعده، والذبح قبل صلاة الامام أو بعدها وقبل ذبحه غير مجزي، ويجزي أهل البوادي، ومن لا إمام لهم أقرب الأئمة اليهم، فإن صادفوا قبله⁽¹⁾ أجزأهم لأن الواجب عليهم الاجتهاد كالقبلة في الصلاة وقد فعلوا، وقال (ح): المعتبر الصلاة دون الذبح، لقوله عليه السلام في مسلم⁽²⁾: (من ذبح أضحيته قبل أن يصلي، فليذبح مكانها اخرى) وقال (ش): المعتبر وقت انقضاء الصلاة دون الصلاة والذبح، وابن حنبل: الفراغ من الصلاة والخطبة. لنا: ما في مسلم⁽³⁾ قال عليه السلام: (أول ما نبدأ به في يومنا هذا ان نصلي ثم نرجع فننحر، فمن فعل ذلك فقد اصاب سنتنا، ومن ذبح قبل ذلك فانما هو لحم قدمه لأهله، ليس من النسك في شيء)، وفي البخاري⁽⁴⁾ انه عليه السلام كان يذبح وينحر بالمصلي.

وفي الكتاب: ايام النحر ثلاثة ايام.

ولا تجزي التضحية بليل لقوله تعالى: ﴿وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَّعْلُومَاتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ﴾ (الحج: 28) فذكر الايام دون الليالي، وأقل الجمع ثلاثة، وقال⁽⁵⁾ عليه السلام: (من ضحّى

(1) ي: وقته، وأشار في الهامش قائلا: لعله: او قبله.

(2) رواه مالك في الموطأ في الضحايا. باب النهي عن ذبح الضحية قبل انصراف الامام.

عن عويم بن الأشقر، ونحوه في الصحيحين.

(3) البخاري في الاضاحي، باب قول النبي ﷺ لأبي بردة الخ ومسلم في الاضاحي. باب وقتها.

(4) البخاري في الحج. باب النحر في منحر النبي ﷺ، وفي الاضاحي، باب الاضحي والنحر بالمصلي.

(5) روى الطبراني في الكبير عن ابن عباس مرفوعا: نهى ﷺ عن الاضحية ليلا، وفي سنده متروك كما في (جمع الزوائد 23/4) وذكر النووي في (المجموع 388/8) عن =

بليل فليعد) وسميت: معلومات اي علم الذبح فيها، والأيام المحدودات ثلاثة بعد يوم النحر، أي تُعد فيها الجمار، فيوم النحر معلوم غير محدود، والرابع منه محدود غير معلوم، والمتوسطان معلومان محدودان، وفي الإكمال روي عن مالك الإجزاء بالليل، وقاله (ش) و(ح) خلافاً لابن حنبل لاندرج الليالي في الأيام لغةً، وقالوا: الذبح ثلاثة بعد يوم النحر فتكون أيام الذبح عندهما أربعة.

سؤال: اذا فاته الذبح نهراً لا يذبح ليلاً، واذا فاته الرمي نهراً رمى ليلاً مع تناول النص الأيام فيها، فإن كان الليل يندرج ففيها والا فلا يندرج.

جوابه من وجهين: احدهما: أن كل يوم له رمي يخصصه فتعين القضاء لليل، والذبح واحد فلا ضرورة لليل، وثانيها: أن المطلوب من الأضحية إظهار الشعائر، ولذلك شرعت في الآفاق، والليل يأتي الظهور بخلاف الرمي، وفي الجواهر: ينحر في اليوم الثاني والثالث وقت ذبح الامام في اليوم الأول قياساً على اليوم الأول، فلو تقدم عليه أجزاءه، قاله أصبغ، قال ابن يونس: الذبح في اليوم الأول أفضل للسنة، والمبادرة الى الطاعة، قال محمد: ولا يراعى في اليومين ذبح الإمام بل يجوز بعد الفجر، قال مالك: وكره في اليوم الأول بعد الزوال الى غروب الشمس وكذلك الثاني، فإن زالت الشمس أخر الى الثالث لشبه الأضحية بالصلاة من جهة ارتباطها بها، والصلاة لا تفعل بعد الزوال، وقيل: الأول كله افضل من الثاني، والثاني كله افضل من الثالث تعجيلاً للقربة، والاول هو المعروف، قال: قال عبد الوهاب: اذا لم يخرج الامام أضحيته تحروا ذبحه، فإن تبين خطؤهم أجزاءهم كالقبة، قال محمد: ولو ذبح رجل قبل ذبح الإمام في

= الحسن البصري قال: نهي عن جذاذ الليل، وحصاد الليل، والاضحية بالليل. وهذا مرسل او موقوف، ولم اقف عليه بلفظ المؤلف: من ضحى بليل فليعد.

منزله في وقت لو ذبح الإمام في المصلي لكان قبله أجزاءه، وروي عن مالك فيمن لا امام لهم يَتَحَرَّونَ أَقْرَبَ الْاِثْمَةِ اليهم، فيخطئون: لا يُجْزئهم، قال محمد: اذا ذبح اهل المسافر عنه راعوا امامهم دون امام بلد السفر، ولا يراعى الامام في الهدي، قال اللخمي: اذا لم يبرز الإمام أضحيتة فذبح رجل قبله لم يُجزه إلا أن يَتَوَانَى الإمام، وكذلك اذا لم يذبح الامام بالمصلي، قاله أبو مصعب، وهو احسن، وقال محمد: لا يجزى لفوات الشرط.

والامام المعتبر هو الخليفة المعتبر شرعا، ومن أقامه، وأما السلطان يملك بالقهر فلا يعتبر هو ولا نوابه، والناس معه كأهل البوادي الذين لا امام لهم، والخلاف في الذبح ليلا إنما هو فيما عدا ليلة اليوم الأول.

النظر الرابع: في أحكامها. وهي قسمان، قبل الذبح وبعده.

القسم الأول: قبل الذبح، وهو سبعة أحكام: الحكم الأول: تعيينها⁽¹⁾، ففي الجواهر: اذا قال: جعلت هذه أضحيتي تعينت، وقاله (ش) وابن حنبل، قياساً على تعيين العبد للعتق والدار للحبس، قال مالك في العتبية: اذا سمي اضحيتة فلا يَجْزُها لأنه ينقصها، قال صاحب البيان: لا تجب عند مالك بالتسمية، وقال القاضي اسماعيل⁽²⁾: اذا قال: أوجبتها أضحية تعينت، قال: وهو بعيد، ولا تتعين عند مالك الا بالذبح، ثم قال في المقدمات: وقد وقع في العتبية أنها تجب بالتسمية اذا قال: هذه أضحيتي بعد أن حمله في البيان على الاستحباب، قال ابو الطاهر: وحل بعض المتأخرين قول ابن القاسم في الكتاب بالتأثم اذا أخر الأضحية بعد أيام النحر على أنها تجب بالشراء (بالأصالة، وانما تجب بالشراء)⁽³⁾ اذا قصد شراءها لذلك، وقال بعض البغداديين: اذا قال: هذه

(1) تعيينها سقطت من الأصل.

(2) اسماعيل سقط من د.

(3) ما بين القوسين سقط من الاصل.

أضحيتي وجبت ولا يجوز أبدا لها، فيتلخص لتعيين الأضحية خمسة أسباب: النذر، والذبح، والايجاب، والتسمية، والشراء. والمشهور انها لا تتعين الا بالأوليين، وفي الكتاب: له إبدال اضحيته ولا بد لها الا بخير منها، ولا يستفضل من ثمنها شيئا، وان ضلت ثم وجدها بعد أيام النحر ذبحها الا أن يكون ضحى ببدها، ويصنع بها ما شاء، وكذلك إن وجدها بعد أيام النحر وان لم يضح، ولو حبسها حتى خرجت أيام النحر. قال ابن يونس: قال القاضي اسماعيل: انما تعينت الهدايا لان التقليد والإشعار فعل قرينة فلا يجوز ابطاله، والضحايا لم يوجد فيها الا مجرد النية.

الحكم الثاني: الاشتراك فيها، وفي الكتاب: لا يشترك فيها الا أن يذبحها عن نفسه واهل بيته وان زادوا على السبعة، لأنها شركة في الثواب دون اللحم، ولقوله⁽¹⁾ عليه السلام: (على كل اهل بيت أضحية أو عتيرة) والعتيرة: شاة كانت تذبح في رجب ثم نُسخت، والأفضل ان يضحى عن كل واحد شاة، وليس عليه ان يضحى عن زوجته بخلاف النفقة، لأنها قرينة وهو لا يتوجه عليه التقرب عن زوجته، والفرق بينها وبين زكاة الفطر: أن زكاة الفطر متعلقة بالأبدان فاشبهت النفقة، وأجاز الائمة البقرة عن سبع، والبدنة عن سبع، قال صاحب البيان: روى ابن وهب عن مالك: الاشتراك في هذي التطوع، ويلزم ذلك في الأضاحي على القول بعدم وجوبها، وتحصيل الخلاف في المسألة: أن في جواز الاشتراك قولين، واذا قلنا به: فنثلاثة اقوال: يجوز في الشاة والبدنة والبقرة لأكثر من سبعة. يشترك سبعة فأكثر⁽²⁾ في البدنة والبقرة فقط، يشترك عشرة في البدنة، وسبعة في البقرة، واذا قلنا: لا يجوز الاشتراك، فنثلاثة أقوال: المنع

(1) رواه الترمذي في الاضاحي، باب 17، وابو داود في الضحايا. باب ما جاء في ايحاب

الاضاحي، ورواه النسائي وغيرهم عن مخنف بن سليم. وهو حسن.

(2) د فأقل.

مطلقاً، المنع فيمن عدا اهل بيته، الثالث: له ذبحها عنه وعن سواه، وان كانوا اهل بيت شتى. المشهور: القياس على الرقبة في العتق وعلى الشاة، ولأن كل واحد منها مأمور بما يسمى أضحية، وجزؤها لا يسمى كذلك فلم يأت بالمأمور به، فلا تجزئه: وأما قول⁽¹⁾ جابر: نحرنا عام الحديبية البدنة عن سبع والبقرة عن سبع. فمحمول على أن الذبائح كانت من عنده عليه السلام، وأمه عياله، فلذلك جاز ذلك، وقد قال رجل لعلي رضي الله عنه: اشتريت بقرة لأضحى بها فَوَلَدَتْ فما ترى فيها وفي ولدها؟ فقال: لا تحلبها الا فضلاً عن ولدها، واذبحها وولدها يوم النحر عن سبع من اهلك، فكذلك هذه الأحاديث محمولة على الأهل وما يشبه الأهل، وليس فيها تصريح بالأجانب، بل ذكر العدد والسكوت عن المعدود، فلا حجة فيها علينا، ونحن متمسكون بالقواعد والقياس، قال اللخمي: الأضحية عن الغير خمسة أقسام: القريب اللازم النفقة، فعليه أن يضحي عنه إما بشاة شاة، أو عن الجميع بشاة، أو يدخل البعض في أضحيته، وعن الباقي بشاة، الثاني: القريب المتطوع بنفقته كالأبوين مع اليسار⁽²⁾ والإخوة وابن الأخ وابن العم، فليس عليه التضحية عنهم، وله ذلك عن الأقسام المتقدمة، وإذا فعل أسقط الأضحية عن المنفق عليهم، وإن كان مخاطباً بها لليسارة⁽³⁾، والثالث: الأجنبي المتطوع بنفقته إن كان أشركه فيها لم تجز واحداً منها، الرابع: الأجنبي الواجب النفقة، كالأجير بطعامه، هو كالثالث، الا الزوجة، فله ادخالها لما شملها اسم الأهل، وقد قال⁽⁴⁾ عليه السلام: (اللهم هذا عن محمد وآل محمد) والآل: الأهل.

-
- (1) رواه مالك في الموطأ كتاب الضحايا، باب الشركة في الضحايا، وعن كم تذبح البقرة والبدنة. عن جابر بن عبد الله قال: نحرنا مع رسول الله ﷺ ... وهو في صحيح مسلم.
- (2) د كالأبوين البسر.
- (3) د ليساره.
- (4) تقدم تحريمه.

الخامس: الأجنبي لا ينفق عليه، لا يشركه⁽¹⁾، وفي الكتاب: استحب مالك حديث ابن عمر لمن قدّر دون حديث أبي أيوب الأنصاري. وفي النكت⁽²⁾: حديث⁽³⁾ ابن عمر انه كان لا يضحى عن في البطن، يريد: وأما من كان في غير البطن فيضحى عن كل نفس بشاة، وحديث⁽⁴⁾ أبي أيوب ذكر فيه: كنا نضحى بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته، ثم تباهى الناس فصارت مباحة.

الحكم الثالث: نسلها وغلتها، وفي الكتاب: اذا ولدت فحسن ذبح ولدها معها من غير وجوب، وقاله (ش)، قال ابن القاسم: ثم أمرني ان أحو: من غير وجوب، وأنا أرى ذلك غير واجب، قال اللخمي: ان خرج بعد الذبح حيا فهو كأمه، فإن ولدته قبل الذبح: قال اشهب: لا تجوز التضحية به لأنه دون السن، وهي لا تتعين الا بالذبح. بخلاف المدبرة وغيرها من الرقيق، وبخلاف الهدى، وان بعد زمان الولادة عن الذبح لم يذبح، واختلفوا في لبنها: قال ابن القاسم في الكتاب: ان لم يشربه ولدها وأضر بها تصدق به، وقال اشهب: يصنع به ما شاء، والصوف بعد الذبح كاللحم، وفي الكتاب: ليس له جزء قبل الذبح لأنه جال لها، فان جزه قال ابن القاسم: لا يبيعه خلافا لأشهب.

الحكم الرابع: التعدي عليها، وفي الجواهر: إن غصبت فليشتر بقيمتها أخرى، توفية بالقربة. وقيل: يصنع بالقيمة ما شاء، ولذلك لو لم تف القيمة بشاة تصدق بها به أو صرفه فيها شاء على الخلاف المتقدم.

(1) (لا يشركه) سقطت من الاصل، ولا بد منها.

(2) في الأصل: وفي ادب حديث ابن عمر، وهو تحريف.

(3) رواه في الموطأ في الضحايا. باب الضحية عما في بطن المرأة وذكر ايام الأضحية.

(4) رواه في الموطأ في الضحايا، باب الشركة في الضحايا وعن كم تذبح البقرة والبدنة.

الحكم الخامس: موته قبلها⁽¹⁾. ففي الجواهر: ورثت عنه، واستحب ابن القاسم ذبح الورثة لها عنه تنفيذاً لما قصد من القرية، ولم يره اشهب لانتفاء ملكه وانقضاء⁽²⁾ تقربه بعد الموت.

الحكم السادس: مباشرة ذبحها، وفي الكتاب: اذا ذبحها ولدك أو بعض عيالک ممن فعله ليكفيك مؤنتها بغير أمرک أجزاء، وأما غيره فلا، ويضمن القيمة، قال اللخمي: تستحب مباشرة الأضحية اقتداء به عليه⁽³⁾ السلام، والا وكل من له دين، فقد كان الناس يتخبرون لضحاياهم اهل الدين لأنهم اولى بالتقرب، فإن وكل تارك الصلاة استحب له الإعادة للخلاف في حل زكاته، أو كتابيا: ففي الكتاب: لا يجزئه لأنه ليس من اهل القرية، ولقوله⁽⁴⁾ عليه السلام: (لَنْ أَسْتَعِينَ بِمُشْرِكٍ) وجوزّه أشهب (و ح) وابن حنبل على كراهة، لأنه من اهل الذكاة، والقرية لا تفتقر الى نية التقرب من الذابح، بل نيّة الذبح ونية التقرب من المالك، ولو وكله ان يوكل مسلماً ففعل ونوى الذابح القرية أجزاءه، وفي الجواهر: اذا صحت⁽⁵⁾ استنابة الكتاني فلينو المضحي عن نفسه، قال اللخمي: واذا ذبح بغير وكالة من لا شأنه القيام بأمر الذابح خيّر بين تضمينه القيمة وأخذها وما نقصها الذبح، وقال اشهب: لا يجزىء الذبح بغير وكالة ولو كان ولداً، فقاسها ابن القاسم على العتق عن الغير بطريق الأولى، لأن المعتق عنه لم ينو التقرب، ولأنه⁽⁶⁾ عليه السلام نحر عن اهله البقر من غير وكالة،

(1) د: قبل ذبحها.

(2) (د) وانقطاع.

(3) تقدم تخريجه من حديث عائشة.

(4) هو بعض حديث رواه مسلم في الجهاد. باب كراهة الاستماعة في الغزو بكافر. والترمذي في السير، عن عائشة رضي الله عنها.

(5) د: صححنا.

(6) تقدم تخريجه وهو من حديث عائشة في صفة حج النبي ﷺ في البخاري ومسلم.

وقاسها أشهب على أصله في العتق عن الغير أنه لا يجزئ ، وفي الجواهر:
ان وكل بالتضحية والنية جاز .

فرع

قال اللخمي: لو ذبح كل واحد منها أضحية صاحبه خطأ: ففي
الكتاب: لا تجزئ صاحبا ولا الذابح عند ابن القاسم، وقال اشهب:
تجزئ الذابح اذا ضمن تنزيلا للقيمة منزلة الثمن في الشراء، وقال (ح):
تجزئ كل واحد منها كالوكيل ولا ضمان، لأن كل واحد منها
كالوكيل .

فرع

لو نوي الوكيل عن نفسه أجزاء صاحبا، وقد اشترى ابن عمر
رضي الله عنها شاة من راع فأنزلها من الجبل وأمره بذبحها فذبحها الراعي
وقال: اللهم تقبل مني، فقال ابن عمر: ربك اعلم بمن انزلها من الجبل،
وقال اصبغ: لا تجزئه، لأن النية المعتبرة ما قاربت⁽¹⁾ الفعل .

الحكم السابع: اختلاطها.⁽²⁾ قال اللخمي: قال ابن عبد الحكم: اذا
اختلطت اخذ كل واحد منها اضحيته ضحى بها وأجزأه .

القسم الثاني في أحكامها بعد الذبح، وهي أربعة، الحكم الأول: في
الكتاب: لا تبع⁽³⁾ من الأضحية لحما ولا جلدا ولا شعرا ولا غيره، وقاله

(1) د: قرنت. ولعلها الصواب.

(2) (اختلاطها) سقطت من الاصل.

(3) د: لا تبع.

الأئمة، لأنها صارت قربة لله تعالى، والقربات لا تقبل المعاوضة، وانما⁽¹⁾ الله تعالى اذن في الانتفاع بها، ولا تنافي بين ملك الانتفاع ومنع البيع، كأعضاء الإنسان له منفعتها دون المعاوضة على أعيانها، وجوز (ح) ابدال الجلد بما ينتفع به في البيت بعد بقاء عينه دون ما يستهلك⁽²⁾، لأن البديل يقوم مقام المبدل، فإن عاوض على شيء منها: قال اللخمي: قال ابن القاسم: يتصدق به، وقال سحنون: يجعل ذلك في ثمن طعام يأكله، وثن الجلد في ماعون أو طعام تنزيلاً للبديل منزلة المبدل، وقال اصبغ: يصنع به ما شاء، لأن هذه العين لم تتعلق بها قربة.

(فرع)⁽³⁾

قال ابو الطاهر: المشهور: منع إجارة جلودها لأنها معاوضة في قربة، وأجازة سحنون، لأنه تصرف في المنفعة بعد بقاء الأصل كالاستعمال.

فرع

قال التونسي: إن وهب جلودها او لحمها منع، في كتاب محمد: الموهوب له من البيع، لتنزيله منزلة الواهب، وقيل: له البيع، لأنه ليس بمقترب، وانما يمنع المتقرب لئلا يجتمع له العوض الذي هو الثمن، والمعوض الذي هو منفعة القربة من الثواب⁽⁴⁾ ولذلك منع بيع سائر العبادات.

(1) د: وان.

(2) د: استهلك.

(3) هذا الفرع كله سقط من ي.

(4) د: الثمن وهو تحريف.

فرع

قال صاحب البيان: الضأن يوم التروية يوم النحر فيُنحر، قال ابن القاسم: لا يبيع لحمها⁽¹⁾ كَمَن ذبح⁽²⁾ قبل الامام، قال: وليس هما سواء، لأن الثانية تجزئه عند جماعة، والأولى ليس منعها⁽³⁾ بالبين، لأنها ليست بقربة، وإذا باعت امرأته جلد أضحية أو لحمها تصدق بالثمن إلا أن ينفقوه، فلا شيء عليه إذا لم يرخص لهم فيه، أما إذا أرخص تصدق بالثمن أو بدله إن أنفق، وكذلك إن أنفقوه فيما يلزمه.

الحكم الثاني: اختلاطها بعد الذبح، قال اللخمي: قال يحيى بن عمر: يُجزى ويتصدقون بها ولا يأكلونها، وقال محمد: إذا اختلطت رؤسها عند الشواء، كره أكلها لعلك تأكل متاع من لم يأكل متاعك، ولو اختلطت برؤس الشواء لكان خفيفا، لأنه ضامن ضمان لحم الأضاحي، وقيل: ليس له طلب القيمة، فعلى قول محمد: تؤكل الشاة، لأنه انما كره لاحتمال كون الآخر لم يأكل، قال: وهذا استحسان، وعدم أكله لا يمنع، لأنه كلْقطة طعام لا يتعين، وفي الشواء⁽⁴⁾ أشد كراهة لأنه معروف ويمكن الرد عليه.

الحكم الثالث: ما يصنع بها بعد الذبح، قال ابن يونس: قال مالك: ليس للتصدق والأكل حد معلوم، لقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ﴾ (الحج: 36) ولم يحدد، والقانع: الفقير، والمُعْتَرَّ: الزائد، وقال (ح) وابن حنبل: يأكل الثلث ويتصدق بالثلث،

(1) (لحمها) سقطت من ي، وفي الكلام قبلها غموض فليتأمل.

(2) د نحر.

(3) ي بيعها. ولعله تصحيف.

(4) ي: الشراء، وهو تحريف.

ويدخر الثلث، لما في مسلم⁽¹⁾ قال عليه السلام: (انما كنتُ نهيتكم لأجل الدافّة، فكلوا وتصدقوا وادخروا)، وفي الجلاب: يأكل الأقل ويطعم الأكثر، ولو قيل: يأكل الثلث ويقسم⁽²⁾ الثلثين كان حسناً، قال ابن يونس: ويجوز عدم الأكل لأنه الأصل في القرب، وقال ابن حبيب: ينبغي الأكل والإطعام كما ورد في الآية، وأوجب (ش) وابن حنبل أكل شيء مّا، لإظهار الأمر، وهو، عندنا - محمول على الإذن لقريئة القرية، وقال محمد: الصدقة بها كلها أفضل، لما في مسلم⁽³⁾: امر عليه السلام ثوبان ان يصنع له أضحيته زاداً الى المدينة، قال ابن حبيب: يستحب أن يكون اول اكله يوم النحر من الأضحية، وقال ابن شهاب: من كبدها⁽⁴⁾ لقول علي رضي الله عنه في خطبته: إن اميركم قد رضي في سنته بقطعة كبد من أضحيته، وكره مالك إطعام الكافر منها وان كان جاراً أو مرضعة، لأنه ليس من اهل القرب، وقال ابن القاسم: الا ان يكون من العيال، وكان مالك قبل ذلك يخففه، وفي الحديث⁽⁵⁾: (لا تطعموا المشركين من لحوم ضحاياكم).

الحكم الرابع: موته بعد ذبحها. قال التونسي: لا تباع في دينه

(1) في الأضاحي، باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي، ورواه كذلك البخاري ومالك في الموطأ عن عائشة، وهو بعض حديث، والمراد بالدافّة: من يرد عليه من الأعراب الفقراء للمواساة، وقد تحرفت اللفظة ففي الأصل: الرافّة، وفي د: الدابة.

(2) د ويطعم.

(3) في كتاب الاضاحي، باب بيان ما كان من النهي عن اكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث في الإسلام، وبيان نسخه، واباحته الى متى شاء، عن ثوبان، ورواه احمد في المسند وغيرها.

(4) (من كبدها) سقطت من ي.

(5) رواه ابن عدي في (الكامل 5/1818) والبيهقي في (شعب الإيمان) في حديث طويل عن عبد الله بن عمرو بن العاص. وفي سنده: سويد بن سعيد، عن عطاء الخراساني عن أبيه، والثلاثة ضعفاء.

ويأكلها الورثة عند ابن القاسم من غير قسمة، لأنها وجبت قرابة⁽¹⁾ بالذبح فصارت كالحبس، وللزوجة وجميع الورثة فيها حق. لأن الميت كذلك قصد، ويستوي الذكر والأنثى إذا استوى الأكل، وقال اشهب: تقسم على المواريث، ولا يقضى منها دين، ويرد عليه: أن الميراث لا يقدم على الدين، قال ابن القاسم: وللغريم بيعها عليه قبل الذبح بخلاف بعده، قال: وهو مشكل، لأنه متعدد بالذبح فأشبهه العتق.

فرع

قال مالك⁽²⁾: الذبيح اسحق، وقال ابن حبيب وأهل العراق وأكثر العلماء: اسماعيل لقوله⁽³⁾ عليه السلام: (أنا ابن الذبيحين) يعني عليه السلام أباه اسماعيل، وأباه عبد الله، لأن جده عبد المطلب نذر إذا بلغ ولده عشرة أن ينحر منهم واحدا، فلما اكملوا عشرة أتى بهم البيت وضرب عليهم بالقداح ليذبح من خرج قدحه، وكتب اسم كل واحد على قدح، فخرج قدح عبد الله ففداه بعشرة من الإبل، ثم ضرب عليه وعلى الإبل فخرج قدحه، ففداه بعشرين إلى أن تمت مائة فخرج القدح على

(1) قرابة سقطت من ي.

(2) وردت العبارة هكذا بالأصل: قال مالك وأكثر العلماء على أن الذبيح اسحاق، وقال ابن حبيب وأهل العراق: اسماعيل...

(3) رواه بمعناه الحاكم في (المستدرک) في التاريخ: باب ذكر اسماعيل بن ابراهيم عليها السلام) عن معاوية، ولم يحكم عليه بشيء، وتعقبه الذهبي فقال: اسناده واه، ورواه الثعلبي وابن جرير في التفسير في سورة (الصافات) والأموي في مغازيه والخلمي في فوائده، وابن مردويه في التفسير بسند ضعيف، كما في (الدر المنثور للسيوطي) 281/5.

الجزور فنحرها، وسن الدية مائة. ولأن الذبح⁽¹⁾ كان بمنى، واسحق كان بالشام، ولقوله تعالى: بعد قصة الذبيح: ﴿وَبَشِّرْنَاهُ بِأِسْحَاقَ نَبِيًّا مِنْ الصَّالِحِينَ﴾ (الصافات 112) فدل على أن صاحب القصة غير المبرر به، ولقوله ﴿وَمِنْ وَرَاءِ إِسْحَاقَ يَعْقُوبُ﴾ (هود 71) قال أئمة اللغة: والوراء ولد الولد، ومن المحال أن يبشره بأنه يعقوب ثم يأمره بذبحه فيعتقد الخليل عليه السلام الذبيح، والجواب عن الأول: أن العم يسمى أباً، ويدل على هذا المجاز: ما روي أن إبراهيم عليه السلام لما بشرته الملائكة بإسحق عليه السلام نذر ذبحه إذا ولد، فلما بلغ معه السعي - أي العمل والقوة⁽²⁾ - قيل له: أوف بنذك. وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن إبراهيم عليه السلام قال لإسحق عليه السلام: يا بني اذهب بنا نتقرب إلى الله تعالى قربانا، فذهبا، فأخبره أنه هو القربان، والقصة طويلة في المقدمات⁽³⁾ في الأضاحي، وعن الثاني: أنه قد قيل: كان الذبيح بالمقدس، أو لأن الخليل كان يركب البراق إلى الحجاز كما ورد، فلعله جاء معه في يومه، وعن الثالث: أن المراد: وبشرناه بنبوة إسحق لصبره على المحنة، كما تقول: بشرتك بولدك قادماً أي بقدومه، لأن البشارة بالوجود، فالقصة واحدة ولم يخرج منها بعد، وعن الرابع: أن لفظ الولد⁽⁴⁾ مشترك بين ولد الولد والجهة المضادة للأمام، فاللفظ يصلح للأمرين على حد سواء، فلا يدل على أحدهما.

(1) ي: الذبيح بمنى.

(2) د: والمعونة.

(3) ي: مقدمات ابن رشد.

(4) (م) الوراء.

كتاب العقيقة

قال ابو عبدة: العقيقة: الشعر الذي يكون على رأس المولود، كأنَّ بقاءه عقوق في حق الجنين، وكذلك في الحديث: ⁽¹⁾ (أميطوا عنه الأذى) فسميت الشاة عقيقة لأنها تذبح عند حلقه، وقال ابن حنبل: العقيقة: الذبح نفسه، لأنه قطع الأوداج وغيرها، ولذلك سمي قطع الرحم عقوقاً، فالذبيحة: عقيقة فعيلة بمعنى مفعولة أي مقطوعة، كرهينة بمعنى مرهونة، والعقيقة في الاسلام للمولود، قال مالك: كما يعملُه اهل الكتاب لدخول صبيانهم في أديانهم كماء المعمودية وغيرها ⁽²⁾، قال ابن يونس: وهي سنة ليست بواجبة، وقاله (ش) وابن حنبل، وقال (ح): بدعة، وفي النسائي ⁽³⁾: قال عليه السلام: (كل غلام رهين بعقيقته، تذبح عنه يوم سابعه، ويحلق رأسه ويسمى) وقال ⁽⁴⁾ عليه السلام: (من ولد له مولود

(1) البخاري في العقيقة. باب إمطة الأذى عن الصبي في العقيقة. عن سلمان بن عامر الضبي، وهو بعض الحديث.

(2) ي: وغيره.

(3) في العقيقة. باب متى يعق. عن سمرة، ورواه ابو داود في الأضاحي، باب العقيقة، والترمذي، وهو صحيح.

(4) رواه مالك في (الموطأ) في العقيقة، عن زيد بن اسلم عن رجل من بني ضمرة عن ابيه، وسنده ضعيف، لكن له شاهد من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده يحسن

فأحب أن ينسك عنه فليفعل) فالأول يدل على الطلب، وتعليقها على الاختيار في الثاني يدل على عدم الوجوب فيتعين الندب.

ومن ولد له ولدان في بطن واحد فشاتان، ولا يشترك فيها كالأضحية، والذكر والانثى سواء شاة، وقال (ش) و(ح): للغلام شاتان لما في أبي داود: (1) قال عليه السلام: (عن الغلام شاتان مكافئتان، وعن الجارية شاة) ولأن النعمة في الغلام أتم فيكون الشكر أعلا، والجواب عن الأول: المعارضة بما في أبي داود: انه عليه (2) السلام عَقَّ عَنْ الحسن كبشاً وعن الحسين كبشاً، قال: وهو صحيح، وعن الثاني: أنها قرابة فيستويان فيها كالأضحية، قال مالك: وهي جنسها جنس الأضاحي: الغنم والبقر والإبل، وقال محمد: لا يعق الا بجذع الضأن وثني المعز، لأنه السنة، قال ابن حبيب: وهي كالأضحية في سلامتها من العيوب وسنها، (3) ومنع بيع شيء منها، وتكسر عظام العقيقة خلافاً لابن حنبل، مخالفةً للجاهلية، فإنهم كانوا يفصلونها من المفصل تفاؤلاً بسلامة المولود من الكسر، والاستعاذة بما لم يجعله الشرع عوذة ممنوع، ولذلك نهى الشرع (4) عن شدِّ الأوتار على الخيل والركاب. قال مالك: أراه من العين، قال عبد الوهاب: الكسر مباح ليس بمستحب، قال مالك: وليس على الناس حلق رأس المولود والتصدق بوزن شعره ورقاً أو ذهباً، ويجوز فعله، واستحسنه (ش) وفي الجواهر: كرهه مالك مرة وأجازه أخرى، وفي الترمذي: (5) عَقَّ عليه السلام بشاة عن الحسن، وقال: (يا فاطمة،

(1) في الأضاحي، باب العقيقة، عن أم كرز، والترمذي في الأضاحي والنسائي في العقيقة. وهو صحيح.

(2) أبو داود في الأضاحي، باب في العقيقة، والنسائي، عن أبي عباس، وهو صحيح.

(3) وسنها) سقطت من الاصل.

(4) ي: النبي (ﷺ)، والحديث بذلك في (الموطأ) كتاب الجامع، باب ما جاء في نزع المعاليق الخ وهو في البخاري في الجهاد. ومسلم في اللباس والزينة.

(5) في الأضاحي، باب ما جاء في العقيقة بشاة. عن علي بن أبي طالب، وفيه انقطاع، =

احلقي رأسه وتصدقي بزنة شَعْرَه فضة، قال: فوزناه فكان وزنه درهماً أو بعض الدرهم).

ويستحب أن يلطخ رأس المولود بزعفران عوضاً من الدم الذي كانت الجاهلية تفعله على رأسه من العقيقة، وفي أبي داود: (1) (كنا في الجاهلية إذا ولد لأحدنا غلام ذبح شاة ولطّخ رأسه بدمها. فلما جاء الإسلام كنا نذبح شاة ونخلق رأسه ونلطّخه بزعفران) وقاله (ش) (2) وابن حنبل، قال مالك: ولا يسمى إلا في اليوم السابع للحديث المتقدم، ومن فاته أن يعق عنه في الأسبوع الأول فلا يعق بعده، وقيل: يعق في الأسبوع الثاني، فإن فاته ففي الثالث، وقاله ابن حنبل، فإن فاته ففي الرابع، وهو مروي عن مالك، وأهل العراق يعقون عن الكبير، ففي أبي داود (3) أنه عليه السلام عَقَ عن نفسه بعد النبوة، ولِظَاهِرِ قَوْلِهِ (4) عليه السلام: (كل غلام رهين بعقيقته)، الحديث المتقدم، وظاهره، أنه لا يزال مرتبها حتى يعق عنه. وهو معارض بالقياس على فوات زمان الأضحية، (وفي الجواهر: روى ابن وهب أن الأسابيع الثلاثة كالأيام الثلاثة للأضحية) (5). يعق فيها ولا تتعدى، وفي مختصر الوقار: إن فات الأول

ولمناه شواهد يحسن بها .

(1) في الاضاحي، باب في العقيقة، وسنده حسن.

(2) (ش) سقطت من د.

(3) لم أجده عند أبي داود وإنما رواه البيهقي في (السن الكبرى) في كتاب (العقيقة) عن انس، وأبو الشيخ وغيرهما، وهو ضعيف منكر، انظر (نيل الاوطار) للشوكاني في العقيقة، لكن رواه عبد الرزاق في (المصنف) والخلال في الفوائد بسند صحيح كما قال ابن القيم في (تحفة المودود، باحكام المولود) ص 77.

(4) أبو داود في الاضاحي، باب في العقيقة، والترمذي والنسائي، عن سمرة بن جندب، وهو صحيح.

(5) ما بين القوسين سقط من د.

ففي الثاني ولا يتعدى، قال ابن يونس: وقال ابن حنبل: يجوز تقديمها على السابع كتقديم الكفارة على الحنث، والزكاة على الحول، وجوابه: ان اليمين والنصاب سبيان، والحنث والحول شرطان، وتقديم الحكم على شرطه اذا تقدم سببه يجوز. والسابع هاهنا سبب كيوم النحر للأضحية، والتقديم عليه كالتقديم على اليمين وملك النصاب، ولم يقل به احد.

وفي الجواهر: تذبح ضحى كالضحايا، ورواه محمد، وقال ابن حبيب: لا تذبح سحراً ولا عشاء بل من الضحى الى الزوال، قال صاحب البيان: قال عبد الملك: تجزئ⁽¹⁾ بعد الفجر، قال: وهو الأظهر لعدم ارتباطها بالصلاة، فقياسها⁽²⁾ على الهدايا أولى من الضحايا.

وفي وقت حساب السابع اربعة اقوال: سبعة ايام بليالها يبتدأ من غروب الشمس ويلغى ما قبل ذلك من ليل أو نهار، وقاله عبد الملك، وقال ابن القاسم، ورواه في الكتاب: إن ولد بعد الفجر الغني ذلك اليوم أو قبله حسب، وكان مالك يقول: إن ولد قبل الزوال حسب أو بعده الغني، وقال ابن أبي سلمة⁽³⁾: يحسب ولو كان قبل الغروب، ويكمل السابع الى مثل تلك الساعة، قال ابن يونس: قال مالك: ويعمل طعاماً ويدعو اليه، قال اللخمي: قال مالك وابن القاسم: لا يعجبني جعلها صنيعاً يدعو اليه. وفي الجواهر: الإطعام كالأضحية افضل من الدعوة، قال ابن يونس: من مات ولده قبل السابع فلا عقيقة عليه ولا تسمية لفوات السبب، قال ابن حبيب: يسمى، وكذلك السقط، وفي الحديث: ⁽⁴⁾ يقول السقط يوم القيامة: تركتني بلا اسم فلم يعرفه، قال اللخمي: من لا يعق عنه لا بأس ان يسمى

(1) د تذبح.

(2) ي: قياساً.

(3) د ابن مسلمة، ولعله الصواب.

(4) لم اجد هذا الحديث فيما بين يدي مصادر.

يوم يولد. وقد أتى عليه⁽¹⁾ السلام بعبد الله ابن أبي طلحة⁽²⁾ يوم ولد فحنكه بتمرّة وسماه عبد الله، قال ابن يونس: فان كان سابعه يوم الأضحى⁽³⁾ قال مالك: يعق بها، قال ابن حبيب: الا ان يكون آخر ايام منى⁽⁴⁾ فليضح، لأن الضحية اما واجبة وإما سنة على الخلاف، والعقيقة اما سنة أو مستحبة أو بدعة على الخلاف.

فرع

قال صاحب القبس: قال شيخنا ابو بكر الفهري: اذا ذبح أضحيته للأضحية والعقيقة لا تجزئه، فلو طعمها⁽⁵⁾ وليمة للعرس أجزأه، والفرق: أن المقصود في الأولين إراقة الدم، وإراقة لا تجزئ عن اراقتين، والمقصود من الوليمة الإطعام، وهو غير مناف للإراقة، فأمكن الجمع.

فصل

قال ابن يونس: الختان سنة مؤكدة في الذكور والإناث، وقال (ش): فرض، لنا: القياس على قص الظفر وسائر تحسينات البدن، ويدل على

(1) حديث عبد الله بن أبي طلحة رواه البخاري في كتاب العقيقة. باب تسمية المولود غداة يولد وتحنيكه، عن انس بن مالك، اما حديث تحنيك عبد الله بن الزبير وتسميته فقد رواه البخاري ايضا في كتاب مناقب الأنصار، باب هجرة النبي (ﷺ) واصحابه الى المدينة، عن عائشة. وهشام بن عروة، ورواه مسلم في الأدب باب استحباب تحنيك المولود عند ولادته.

(2) (م) ابن الزبير. والصواب: ابن أبي طلحة. او ابن الزبير فكلاهما حنكه النبي (ﷺ).

(3) هنا بهامش الاصل ما نصه: لعله: وليس عنده شاة.

(4) د النحر.

(5) د او طعمها.

طلبه قوله⁽¹⁾ عليه السلام: (عشر من الفطرة) فذكر: الختان، والفطرة هي السنة، وأول من اختن الخليل عليه السلام من مائة وعشرين سنة، وعاش بعدها عشرين سنة، واختن اسماعيل عليه السلام ابن ثلاث عشرة سنة، واختن اسحق عليه السلام ابن سبعة أيام، وكرهه مالك يوم الولادة ويوم السابع لأنه من فعل اليهود، قال: وحد الختان الأمر بالصلاة من سبع سنين الى عشر، قال ابن حبيب: الختان سنة للرجال ومكرمة للنساء. وأصله في النساء: أن هاجر كانت أمة لسارة رضي الله عنها، فوهبتها لل خليل عليه السلام، ثم غارت منها فحلفت لتقطعن منها ثلاثة اشراق،⁽²⁾ فأمرها ان تثقب أذنيها وتخفصها، وقال⁽³⁾ عليه السلام لأُم عطية - وكانت تخفص النساء: (يا أم عطية: أشمي ولا تنهكي فإن ذلك اسر للوجه واحظي عند الزوج) يعني: لا تبالغي في القطع فإنه أحسن للوجه وللجاء، والشأن عدم الطعام في ذلك والستر، وأما ختن الرجل⁽⁴⁾ فكانوا يدعون اليه، وأمر عليه السلام بالدعاء اليه فقال: ⁽⁵⁾ (لا وليمة الا في خرس أو عرس أو إعدار) فالعرس: البناء بالزوجة، والخرس: نفاسها،

(1) رواه مسلم في الطهارة، باب خصال الفطرة، عن عائشة.

(2) د اشراف.

(3) رواه ابو داود في الادب، باب ما جاء في الختان، عن ام عطية. وهو ضعيف، ولفظه:

لا تنهكي فان ذلك احظي للمرأة واحب للبعل، ورواية الكتاب عند رزين العبدري بدون سند.

(4) د الذكر.

(5) حديث لا وليمة الا في خرس الخ لم اجده، وفي نهاية ابن الأثير: قال: ومنه حديث

حسان: كان (ﷺ) اذا دعى الى طعام قال: أفي عرس أم خرس أم إعدار، فان كان في واحد من ذلك اجاب والالم يجب اهـ هكذا ذكره بدون سند، وفي مسند احد عن الحسن البصري قال: دعى عثمان بن ابي العاص الى ختان فأبى ان يجيب فقل له، فقال: انا كنا لا نأتي الختان على عهد رسول الله (ﷺ) ولا ندعى له. وفي سننه محمد بن اسحاق وهو مدلس وقد عنعنه، ورواه الطبراني في الكبير.

والإعذار: الختان، كما أن العتيرة طعام يبعث به لأهل الميت، والنقيعة:
طعام يعمل ليصلح بين الناس والقدوم من السفر، والوكيرة: ما عمل لبناء
الدار ونحوها، وكان ابن عمر رضي الله عنهما يدعوا اليه.

كتاب الصيد

قال للخصمي: وهو خمسة أقسام: مباح للمعاش حالة الإختيار، ومندوب لسد الخلة والتوسعة على العيال، وواجب لإحياء النفس عند الضرورة: نفس الصائت أو غيره، ومكروه للهو عند مالك، مباح عند ابن عبد الحكم، ومحرم بغير نية الزكاة عَثًا⁽¹⁾ لنهي⁽²⁾ عليه السلام عن تعذيب الحيوان لغير مأكلة، أو ما أَدَّى لترك الصلاة ونحوه.

ويتهذب فقه الباب بالنظر في: الصائت، والمصيد به، والصيد، وفعل الصائت. فهذه أربعة فصول.

الفصل الأول: في الصائت، وفي الجواهر: هو المسلم الذكر البالغ، والمشهور: أن المرأة والمميز كالبالغ، وكرهه أبو مصعب لما تقدم في الذبائح، وفي الكتاب: أقوال: ثالثها: الكراهة، ويمكن حمل المنع الذي في الكتاب عليه، وبالإباحة قال ابن حنبل، لأنه من أهل الزكاة. حجة المنع: قوله تعالى: ﴿وَلْيَبْلُغُوا نِكَاحًا إِنْ هُمْ عَلِيمٌ مِّنَ الْبَشِيرِ﴾ [النساء: 6] وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ بُرْهَانَ رَبِّهِمْ إِنَّمَا يُجِزِّيهِمْ فِي دِينِهِم مَّا أَكْرَمُوا بِهِمْ وَأُولَٰئِكَ أَنسَابُ النَّبِيِّينَ﴾ [آل عمران: 96]. فظاهر الإضافة يقتضي الاختصاص⁽³⁾، ويرد عليه منع اختصاص الخطاب بالمسلمين، لأن أصل خطاب الله تعالى للعموم

(1) (عسا) ساقطة من ي.

(2) تقدم تخریجه.

(3) د: التخصيص.

في الكفار وغيرهم، سلمناه، لكن هذه الآية، قد قيل: إنها تقتضي المنع لأنها خطاب مع المحرمين وهو محرم عليهم، سلمنا عدم ذلك، لكن قوله تعالى: ﴿قُلْ أَحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ (المائدة: 4) عام في الخلق، ولا يؤكل صيد المجوسي، والمراد في ذلك مامات بالاصطياد، لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ (المائدة: 5) مفهومه: تحريم طعام من لا كتاب له، وهم المجوس، وفي الكتاب: إذا أرسل مسلم ومجوسي كلبا لمسلم لم يؤكل الصيد، أو مسلم كلب مجوسي أكل، لأن المعتبر الصائد دون الآلة، قال ابن يونس: وإذا رمى مسلم ومجوسي سهميهما لم يؤكل، إلا ان يوقن انفاذ سهم المسلم مقاتله دون سهم المجوسي، وقاله (ش). وقال ابن حبيب: إن انفذ سهم المسلم المقتل ووقع سهم المجوسي في أطرافه قسم بينهما، قال عبد الوهاب: فإن قال المجوسي: أنا لا أكل ذبيحة المسلم بيع وقسم ثمنه⁽¹⁾ إلا ان يكون بموضع لا ثمن له فختص به المسلم نفياً للضرر عنه، والإسلام يعلو ولا يعلى عليه. قال محمد: ولا يؤكل صيد السكران ولا المجنون لعدم النية، ولا ذبيحة الأعجمي الذي⁽²⁾ لا يعقل الصلاة كالمجوسي، وفي الكتاب: لا يؤكل صيد المرتد، لأنه لا يقر على دينه، فهو أسوأ حالا من المجوسي.

الفصل الثاني. في المصيد به، وهو كل حيوان معلّم، وقاله (ش) و(ح) لقوله⁽⁴⁾ عليه السلام: (إذا أرسلت كلبك⁽⁵⁾ المعلم وذكرت اسم

(1) د: فسهم سهمه.

(2) ي الذمي لا يعقل.. وهو تصحيف.

(3) البخاري في الوضوء. باب اذا شرب الكلب في اناء احدم فليغسله سبعا، وفي البيوع، باب تفسير المشبهات، وفي الذبائح والصيد في فاتحته وابواب اخرى، ومسلم في الصيد، باب الصيد بالكلاب المعلمة، عن عدي بن حاتم، ولرواية الكتاب تنمة، وهي: فإن خالطها كلب من غيرها فلا تاكل.

(4) كذا وهذه الرواية بالجمع: كلابك المعلمة.

الله عليها فكل مما أمسكن عليك، وإن قتلن، وإن أكلن فلا تأكل
فإني أخاف أن يكون أمسك على نفسه) في الصحيحين، فاشتراط التعليم
ليكون كالألة للصيد ليلا يمك على نفسه فيصير ميتة، أو سلاح
محدود⁽¹⁾ رفقا بالحيوان، لما في مسلم⁽²⁾ أنه سأله عليه السلام عدي بن حاتم
عن المعراض فقال: (إن أصابه بجده فكل، وإن أصابه بعرضه فلا
تأكل فإنه وقيد) وقال⁽³⁾ لأبي ثعلبة: (ما أصبت بقوسك فاذكر اسم
الله وكل)، وفي الكتاب: المعلم من الحيوان هو الذي إذا زجر انزجر،
وإذا أرسل أطاع، والسلالة وغيرها سواء. قال أبو الطاهر: في صفة التعليم
أربعة أقوال: ما في الكتاب، والثاني: إذا دعي أجاب من الكلاب، ولا
يشترط في الطير الانزجار، الثالث: التسوية⁽⁴⁾ لابن القاسم وغيره في اشتراط
الثلاثة الأوصاف، الرابع: الانزجار ليس شرطا لقوله في الكتاب: إذا
أدرك الصيد ينهش⁽⁵⁾ وفات قبل ذكاته أكل، قال: هذه حكاية للخمى،
وهو ليس بخلاف، وإنما يقال: كل ما يمكن من التعليم فهو مشروط،
والمقصود: انتقال الجراح عن طبعه حتى يصير للصيد كالألة المستعملة،
قال صاحب الاكمال: مذهب مالك وأحد قولي (ش): إذا أكل الكلب
من الصيد يؤكل، ومذهب (ح) وابن حنبل وأحد القولين عندنا: لا
يؤكل بخلاف البايزي عندنا وعندهم للحديث السابق، ولقوله تعالى: ﴿مِمَّا
أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ (المائدة: 4) وهو إنما أمسك على نفسه، والجواب

(1) د محدود.

(2) هو رواية من روايات حديث عدي بن حاتم المخرج آنفا.

(3) هو بعض حديث له روايات. أخرجه البخاري في الصيد. باب صيد القوس. وباب
آنية المجوس والميتة، ومسلم في الصيد. باب تحريم اكل كل ذي ناب من السباع وكل
ذي مخلب من الطير، وعن أبي ثعلبة الخشني.

(4) د لسويه ابن القاسم.

(5) د فيهمس. ولعل الصواب: يتنفس ومات...

عن الأول قوله عليه السلام في اي داود: ⁽¹⁾ (إن أكل فكل) فيجمع بينهما بجعل النهي على الكراهة، وعن الثاني: أن الآية إنما اشارت الى منع الأكل بغير ارسال، قال المازري: قد أنكر على الفقهاء إطلاقهم الاشلاء ⁽²⁾ على الإرسال، وإنما هو الدعاء، ولعل الفقهاء استعملوه مجازاً لأن الدعاء قبل الإرسال وسببه، فيكون من مجاز إطلاق التسبب على السبب، ولا يكون الحيوان معلماً بمطاوعته ⁽³⁾ مرة، ولا غير معلّم بمعصيته مرة، بل ذلك راجع الى شهادة العادة دون تحديد عند مالك، وحدد (ح) بترك الكلب للأكل ثلاث مرات، لأنه مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما، ولأن الثلاثة معتبرة في موارد عدة من الشريعة في الخيار والهجران والإحراد، وجوابه: أن هذا قد لا يوجب الوثوق بتعليم الحيوان، واستثنى ابن حنبل الكلب الأسود، وخصص ابن عمر رضي الله عنهما الحيوان المصيد به بالكلاب، لقوله تعالى: ﴿مُكَلِّبِينَ﴾ ورآه مأخوذاً من الكلب، وجوابه: أنه مأخوذ من الكلب بتحريك اللام الذي هو الحرص، لأن المعلم يزداد حرصه بالزجر، وقيل: التكليل: التسليط، وقيل: التعليم، سلمنا انه من الكلب، لكن السباع كلاب، لقوله ⁽⁴⁾ عليه السلام في عتبة بن أبي لهب: (اللهم سلط عليه كلباً من كلابك) فافترسه الأسد، قال ابن يونس: الفهدُ وجميع السباع اذا علمت كالكلب الا النمس لأنه لا يفقه التعليم. (قال اللخمي: الصيد ذكاته بتسعة شروط، ثلاثة في الجارح: التعليم) ⁽⁵⁾

(1) هي رواية من رواية حديث اي ثعلبة الحشني المخرج آنفاً.

(2) كذا في النسختين.

(3) د بطاعته.

(4) رواه البيهقي في (دلائل النبوة 2/338) بسندين هالكين، عن عروة بن الزبير، واورده السيوطي في (الخصائص الكبرى 1/366) من رواية البيهقي واي نعم وغيرهما وسكت عنه على عادته.

(5) ما بين القوسين سقط من د.

والإرسال، وعدم الرجوع، وثلاثة في المصيد: العجز عنه، ورؤية الجوارح له احترازاً من الغيضة⁽¹⁾ أو يموت من الجزع لا من الصدم، وثلاثة في المرسل: صحة ذكاته، وإسلامه، وعدم رجوعه عن الطلب.

فائدة: الجوارحُ جمع جَارحة، وقيل: مأخوذ من الجرح بضم الجيم، وقيل: من الجرح بفتحها، وهو الكسب، لقوله تعالى: ﴿وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُم بِالنَّهَارِ﴾ (الأنعام: 60)

تمهيد: المطلوب في الحيوان: القصد الى استخراج الدم الحرام من اللحم الحلال بأسهل الطرق عليه إن امكن بآلة تصلح لذلك، وهذا كله متيسر في الإنسي، ويتعذر في الوحشي استخراج الدم وسهولة الطريق، وبقي القصد والآلة، ونزل السهم منزلة المدية لضرورة النفار⁽²⁾ والتوحش، فهو في المرتبة الثانية، ويليه في المرتبة الثالثة، الجارح، لأن له اختياراً ينبعد به عن كونه آلة، لكن عدم العقل فيه مغل باختياره فسقط اعتباره، ولذلك لا يصح⁽³⁾ ان يكون المجوسي آلة لعقله وكمال اختياره، وفي الكتاب: اذا شارك المعلم غير المعلم أو كلب غير مرسل، لا يؤكل الا ان تعلم ذكاة المعلم أو المرسل دون غيره لعدم تيقن السبب المبيح، فإن أرسل جماعة كلاباً وتوافقت جميعاً أكل وهو لهم، وان اختص كلب احدهم بقتله اختص به، قال محمد: ولو أرسل كلباً بعد كلب فقتلاه أو أحدهما أكل، قال اصبغ: ما لم يكن ارسال الثاني بعد أخذ الأول له فقتله الثاني، أو شاركه، لأنه صار مقدوراً عليه، قال اللخمي: قال ابن شعبان: لو كان لواحد جرح وللآخر اثنان اقتسما الصيد نصفين، أو جرح واحد ملكهما فيه مختلف الأجزاء فكذلك، والمعروف من المذهب للمالك وأصحابه: أنه على قدر الأجزاء، فكذلك العبد والبازي في ذلك سواء، وأنكر المازري

(1) كذا.

(2) د: الفرار.

(3) د: يصلح.

على اللخمي أن اصل المذهب القسمة على عدد الكلاب، بل قال: المذهب: إلغاء تفاوت العدد والأجزاء.

نظائر: قال العبدى: ستة مسائل تختص بالرؤس دون الأنصباء: الصيد لا تعتبر فيه كثرة الكلاب، وأجرة القاسم، وكنس المراحض، وحراسة اعدال المتاع وبيوت الغلات، وأجرة السقي على المشهور، وحراسة الدابة، وأربعة مسائل تعتبر فيها الأنصباء: الشفعة، وزكاة الفطر عن العبد المشترك، والتقويم في العتق، وكنس السواقي⁽¹⁾.

فرع

قال المازري: فلو غصب كلباً أو بازيا فصاد بها فليل: الصيد للغاصب، لأن الكلب لو انفرد به لكان ميتة، فالمعتبر انما هو الصائد لقصدته وتسميته فيكون له، وقيل: لصاحب الجارح لأنه المباشر للممسك بقصدته وقوته، والصائد متسبب، فيقدم المباشر على المتسبب كما في القصاص، وهو لا يقبل الملك فيكون لربه، ولو غصب سلاحاً فللغاصب، لأن السلاح لا قصد له، وفي الكتاب: المصيد بجرح أو بندق لا يؤكل ولو بلغ مقاتله، لأنه رض، وكذلك المعراض اذا أصاب بعرضه. وقاله (ح) و(ش)، وكل ما جرح بجده أكل. كان عوداً أو عصاً أو رحاً، والمعراض: خشبة في رأسها زج، قال صاحب الإكمال: وقيل: سهم طويل له اربع قذذ⁽²⁾ رقاق اذا رمي به اعتراض، وقال الخليل: هو سهم دون ريش، وقيل: عود رقيق الطرفين غليظ الوسط، والخذف لا يباح الرمي به، لأن مصيده وقيد كالبنديقية، وعند الجمهور: لا يؤكل ما اصاب

(1) د: المراحض.

(2) كذا ي وفي د مسدد.

المعراض بعرّضه خلافا لأهل الشام، ولا مصيد البندقية خلافا لـ (ش) وجاعة، فظاهر كلامه: تحريم الرمي بالبندق ابتداء وان ذكي مرميه، وبه قال (ش) خلافا لابن حنبل، ولا ينبغي خلاف في اباحة الرمي به السباع الصوائل والعدو المحارب، وفي الكتاب: ما قتلت الحَيَالَة - وهي الشَّرْك - لا يؤكل الا ما ذكي، ولو كانت فيه حديدة أنفذت مقاتله لعدم التسمية عند القتل، وقاله (ش) خلافاً لابن حنبل، قال اللخمي: ولا يؤكل مصيد السهم المسموم لأن موته قد يكون بالسم دون السهم، ولأن اكله قد يهلك.

فرع

قال صاحب البيان: موضع ناب الكلب يؤكل عندنا لأنه طاهر، وقال (ش) في أحد قوليه وابن حنبل: يغسل سبعةً لنجاسته ويقطع موضع^(١) اللعاب.

فرع

قال اللخمي: قال مالك: من عمل الناس: اتخاذ أبرجة الحمام وان عمرت من حمام الناس، قال: وهذا اذا لم يحدث الثاني بقرب الأول، لأنه ضرر، قال: واذا دخل حمامٌ برجٍ على آخر فتلاثة اقوال: إن عرف وقدر على رده رد، وان عرف ولم يقدر على رده: قال ابن القاسم: هو للثاني، قال ابن حبيب: بل ترد فراخه، وان لم يعرف أو عرف ولم يعرف عينه فللثاني، لأن الأول انما ملكه بسبب الحيازة، وقد ذهبت، لا أنه ملكٌ محقق، فان أوى الى دار رجل ولم يعلم صاحبه، وعلم انه بريء فله ملكه،

(١) د او يقطع الموضع الذي اللعاب فيه.

وان عرف بوجه رده على قول مالك، وان كان من حمام البيوت رده ولم يتعرض لحبسه فهو لقطة، وهو بالخيار بين بيعه للصدقة بثمانه وبين حبسه والصدقة بثمانه، فإن حبسه ولم يتصدق بشيء فواسع ليسارته، والأجباح⁽¹⁾ يجري نصبها على ما تقدم في الأبراج فلا تنصب في القرب، فإن فعل وليس ثم الأنحل مربوب فهو فيما دخل اليه اسوة، فإن كان ثم نحل كثر غير مربوب فيما دخل اليه فلي نصب، وما دخل اليه فهو له، فإن دخل فرخ جبح آخر: قال سحنون: هو لمن دخل اليه كالحمام اذا لم يقدر على رده، وقال ابن حبيب: يرده ان عرف موضعه، وان لم يقدر رد فراخه، ويلزمه ان يقول برد ذلك العسل، وانتقال الملك في النحل أقوى من الحمام، لأنه يصاد والنحل لا يصاد، بل يأوي بنفسه، وفي الكتاب: من صاد حمام برج رده إن قدر والا فلا، ومن وضع جبحا فله ما دخل من النحل، قال ابن يونس: قال التونسي: اذا تزوجت جماعة من البيوت مع ذكر له ردها له مع نصف الفراخ، فإن الأب والأم يشتركان في الفرخ، وقال مطرف: لا يتخذ النحل والحمام حيث يؤذيان في الثمار والزروع، وجوزه أصبغ.

فرع

في الكتاب: من قتل كلب صيد أو زرع أو ضرع فعليه قيمته، أو من كلاب الدور فلا شيء عليه، لأنها تقتل ولا تترك، ولا يجوز بيع كلب سلوقي ولا غيره لنهي⁽²⁾ عليه السلام عن ثمن الكلب، قال صاحب الإكمال: مذهب مالك وأصحابه: قتل الكلاب الا ما استثنى للصيد وما ذكر معه، وعندي أن الجمع بين الأحاديث: الاقتصار بالقتل على الأسود البهيم.

(1) د والاجار.

(2) رواه ابو داود في البيوع، باب في اثمان الكلاب، والنسائي في البيوع، باب بيع الكلب، عن ابن عباس، وهو حسن.

الفصل الثالث: في المصيد، وفي الجواهر: كل حيوان مأكول اللحم معجوز عنه في أصل خلقته احترازاً من الناذ من الأنعام، قاله في الكتاب خلافاً للأئمة، مراعاة للأصل⁽¹⁾، ولأن الذكاة بالعقر على خلاف الأصل ايضاً، وحجتهم أن الموجب لزكاة العقر هو العجز، وهو موجود، فنحن نقضنا هذه العلة وهم طردوها، وأجاز ابن حبيب ذلك في البقر خاصة، لأن لها اصلاً في التوحش، (وفي الكتاب: ما دجن من الوحش)⁽²⁾ ثم توحش أكل بالعقر لاجتماع الأصل في العلة، وفي مسلم:⁽³⁾ أصبنا نهب ابل وغنم فندمنها بعير فرماه رجل بسهم فحبسه، فقال عليه السلام: (إن لهذه الإبل أو ابد كأوابد الوحش، فاذا غلبكم منها شيء فاصنعوا به هكذا) وجوابه: ليس فيه ان السهم قتله بل حبسه، ونحن نقول به. ويستدل بهذا الحديث على تذكية المتردي في مهواة من الأنعام.

فائدة. أبدت الديار والحيوانات تأبداً إذا توحشت، وأتى بآبدية أي بكلمة متوحشة، وفي الجواهر: الحية وغيرها من المعجوز عنه تؤكل بالعقر كالصيد، فإن قدر عليها فكالأنعام.

تنبيه. الحية متى أكلت بالعقر قتل⁽⁴⁾ أكلها، بل لا يمكن أكلها الا بذكاة مخصوصة تقدمت في الأطعمة.

الفصل⁽⁵⁾ الرابع: في فعل الصائد. والصيد ابتداء: إرسال الجارح أو

(1) د: اصله.

(2) ما بين القوسين سقط من (م).

(3) هو بعض حديث رواه البخاري في الشركة. باب قسمة الغنم، وغيره من الابواب، وفي الجهاد، وفي الذبائح والصيد، ومسلم في الاضاحي، باب جواز الذبح بكل ما انهر الدم، عن رافع بن خديج.

(4) (م) قتلت اكلها.

(5) ي: النظر الرابع.

السلاح المحدد ناوياً بذلك الصيد والذكاة مسمىاً لله تعالى، وقاله الأئمة، واشترط (ش) رؤية المنوي، وفي الكتاب: لا بد من التسمية لقوله⁽¹⁾ عليه السلام: (إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرْتَ اسمَ الله فكلْ) فإن تركها عمداً لم تؤكل، وقاله (ح) وابن حنبل، خلافاً لـ (ش) أو غير عمد أكل، قال أبو الطاهر: إن تركها ناسياً لا يضر قولاً واحداً، ومتهاونا لم تؤكل، أو عامداً فقولان.

نظائر: أربع مسائل أسقط مالك فيها الوجوب مع النسيان: التسمية والموالة في الطهارة، وإزالة النجاسة، وترتيب الفوائت من الصلوات لضعف دليل الوجوب بسبب تعارض المدارك، فقوي الإسقاط بعذر النسيان.

وأما النية: فقال اللخمي: المصيد أربعة: حلال كالغزلان ونحوها من الوحش والطير غير ذي المخلب فلا يحل صيده إلا بالنية أو بتذكية لقوله⁽²⁾ عليه السلام: (الأعمال بالنيات) وحرام، كالخنزير يجوز قتله بغير نية، لقوله⁽³⁾ عليه السلام: (لينزلن فيكم عيسى بن مريم حكماً مقسطاً فيكسر الصليب ويقتل الخنزير) إلا أن يضطر أحد إلى أكله فيستحب له تذكيته، ومكروه كسباع الوحش يخير بين نية الذكاة على الكراهة، أو نية القتل، وعلى القول بالتحريم فكالخنزير، ويختلف فيه. كالثعلب والضبع إن أراد الأكل نوى، وما كان ذا مخلب مؤذ كالغراب خير بين رمية بنية الذكاة أو القتل، واختلف في جواز قتله من غير أن يؤذي.

(1) هو بعض حديث تقدم تخريجه عن البخاري وغيره.

(2) البخاري في بدء الوحي وفي الإيمان وغيره من الأبواب، ومسلم في الإمارة، عن عمر بن الخطاب.

(3) البخاري في البيوع وفي المظالم وفي الأنبياء، ومسلم في الإيمان، باب نزول عيسى بن مريم الخ وأبو داود في الملاحم والترمذي في العتق، عن أبي هريرة.

تفريع

في الكتاب: اذا توارى الكلب والصيد ثم وجد ميتا فيه (أثر كلبه أو بازيه أو سهمه أكله، فإن بات لم يأكله، وان انفذت مقاتله، أو وجد فيه) (1) سهمه، لأنه قد ينقلب على السهم فينفذ مقاتله بغير فعل الصائد، قال اللخمي: اذا غاب الصيد من غير بيات فله اربع (2) حَالَات: يؤكل في حالتين اذا عرفه وان لم يكن معه بازيه، ولا فيه سهمه، أو فيه سهمه ومعه بازيه أو كلبه، ولا يؤكل في حالين: إذا لم يعرفه ولا فيه سهم ولا معه جَارَح، وبقره صيد يشككه فيه، قال ابو الطاهر: في إباحته اذا فات ثلاثة اقوال: أحدها: ما تقدم، لقول ابن عباس رضي الله عنهما: كُلْ ما أصميت ودع ما اغميت. والإصماء ما حَضَرَ موته. والإغماء ما غاب عنه موته، وثانيها: الإباحة، وقاله (ح) عملا بالغالب، وثالثها: التفرقة بين السهم فيحل، لأن أثره لا يَخْتَلط بغيره بخلاف الجارح، وحكى اللخمي قولاً بالكراهة، وفي الكتاب: ولو توارى فرجع فوجده ميتا من يومه لم يأكله، اذ لعله لو بقي ادرك ذكاته، وهو مفرط بالرجوع عنه، ومتى أدرك الصيد لم تنفذ مقاتله، وتركه حتى قتله الجارح لم يؤكل، لأنه صار مقدورا عليه، وقاله الأئمة، وكذلك لو اشتغل باخراج السكين أو انتظار عبده حتى قتله الجارح، وقاله (ش)، فإن أدركه منفوذ المقاتل يضطرب فحسن أن يفري أوداجه إحياء للموت. فإن تركه أكل لأنه منفوذ المقاتل، وان قدر على خلاصه من الجارح لم يؤكل الا بالذكاة، وان غلب أكل إلا ان يقدر على تذكيتة في أفواهما، ولو ذكاه في أفواهما مع قدرته على خلاصه لم يؤكل اذا شك أذكاته قتلته أو نهشاً؟ فإن تيقن ذكاته أكل،

(1) ما بين القوسين ساقط من د.

(2) د فله اربعة احوال.

وان ادركه غير منفوذ المقاتل وليس معه ما يذكيه به حتى أنفذت مقاتله لم يؤكل، قال ابن يونس: قال أصبغ: رواية ابن القاسم في الصيد البائت عنه خطأ عن بلاغ ضعيف، وقد قال مالك: اذا انفذ السهم مقاتله ثم تردى من جبل أكل، (قال ابن القاسم في العتبية: اذا اشتغل باخراج المذبة من حزامه حتى مات اكل)⁽¹⁾ لانه غير مفرط بخلاف اخراجها من جرحه لأنه ليس موضعها.

فرع

قال: قال محمد: ولو مر به غير صاحبه فلم يخلصه من الجراح مع قدرته عليه⁽²⁾ لم يؤكل وعليه قيمة مجروحا، قال اللخمي: يريد إذا كان معه⁽³⁾ ما يذكيه، فإن لم يكن معه أكل، واختلف في تغريمه القيمة، قال: وعدم الغرم أحسن لا سيما اذا كان يجهل ان له ذكاته، ولو مر بشاة فخشي عليها الموت ولم يذكها لم يضمنها، لأنه يخاف عدم التصديق، قال ابو الطاهر في كتاب محمد: لا يغرم المارء مطلقا، وخرج ابن محرز القولين على الخلاف في الترك هل هو فعل فيضمن أم لا؟ ويخرج على هذه القاعدة: من رأى انسانا يستهلك بنفسه او بماله وهو قادر على خلاصه ولم يفعل، والذي لا يؤدي الشهادة حتى يتلف الحق، أو يحبس الوثيقة عنده حتى يتلف الحق، والتارك للمواساة القادر⁽⁴⁾ عليها حتى يهلك المحتاج، والمانع ما يُخَاط⁽⁵⁾ به الجرح حتى يهلك، والمانع فضل الماء حتى يهلك الزرع، والمانع

(1) ما بين القوسين سقط من ي.

(2) د على ذلك.

(3) د عنده.

(4) د المقدور.

(5) د يخالط. وهو تحريف.

ما يقام به حائط حتى يقع، والمقطع لوثيقة فيضيع ما فيها، أو يقتل شهوده ولو أضعف من التقطيع لأنه مُتَعَدٌّ على سبب الشهادة، والأول متعد على نفسها.

فرع

في الكتاب قال: والمرسل كلبه على صيد فيأخذ غيره لا يؤكل لعدم النية، خلافاً لـ (شر) وابن حنبل، أو على جماعة وينوي أي شيء اخذ منها، أو على جماعتين اكل لحصول النية، وكذلك الرمي، وإن عين واحداً فأصاب غيره لم يؤكل، وقال الأئمة: يؤكل نظراً لأصل النية، وإن رأى جماعة فنواها ونوى أن يجاوزها لغيرها فكذلك أيضاً يؤكل^(١) ما صيد منها أو من غيرها، قال ابن يونس: قال اشهب: لا يأكل ما صاده من غيرها، ولا ما أرسل عليه في غيضة لا يعلم ما فيها إذا كان المكان لا يؤمن أن يدخل فيه صيد بعد الإرسال، وأجازه أصبغ لندور الزيادة على الحاصل عند الإرسال، وفي الجواهر: لا يبيح ابن القاسم الإرسال إلا على الموضع المحصور، واشهب لا يبيحه إلا على المرئي، كالذبيحة لا ينوي إلا معيناً، وأصبغ يبيح المعين بالجهة، قال اللخمي: ولو نوى واحداً غير معين فأصاب اثنين أَكَلَ الأول فقط، لأن الثاني غير ذكي، فإن شك فيه لم يؤكل، وإن نوى اثنين فاكثر اكل الجميع في السهم والجوارح عند مالك وابن القاسم، وخالف ابن المواز في الجوارح دون السهم، والفرق: أن السهم يقتل الجميع على الفور بخلاف الجوارح.

(١) د أيضاً مل ما كان ما صيد.

فرع

في الكتاب: اذا أثار صيدا واشلى⁽¹⁾ كلبه وهو مطلق من غير ارسال من يده: اكل لوجود الإنشلاء⁽²⁾ ثم قال: لا يؤكل حتى يرسله من يده لتكون حركة الجارح من يده كالمدية، وبالأول اخذ ابن القاسم، وأما لو ابتداء الكلب طلبه وأفلت من يده ثم أشلاه بعد لم يؤكل لقوة اضافته للجارح لا له، قال ابن يونس: أجاز اصبع أكل ما يبتديء الكلب طلبه اذا أتبعه الانشلاء والتسمية، لأن الجارح لا بد من مشاركته للصائد يطبعه، قال محمد: واذا رأى جارحه يُجد النظر وينقلب فأرسله على شيء لم يره الصائد أكل ما اخذه كالإرسال في الغياض، وقاله⁽³⁾ وقال مالك: لا احب اكله، لأنه وإن ارسل على مظنون الوجود فلعل المسك غير المرئي أو لا للجارح إلا أن يتيقنه، ولو اضطرب الجارح فوقع الصيد في حفرة لا مخرج له منها، أو انكسرت رجله فتأدى عليه فقتله لم يؤكل.

فرع

في الكتاب: المرسل كلبه على صيد ثم يرجع ثم يعود: ان كان رجوعه مراوغة أكل، وإن كان إغراضا لجيفة أو غيرها لم يؤكل لبطلان الإرسال، وهو شرط.

(1) كذا ي وفي د وانشلى. والكلمة مصحفة، ولعلها: وانشَلَّ. يقال: انشل الذئب في الغنم

إذا اغار (أقرب الموارد).

(2) د الاشلى، ولعل الصواب: الإنشلاء.

(3) بياض بالنسختين.

فرع

في الكتاب: اذا قطع رأس صيد اكل إن نوى اصطياده والا فلا، وان قطع يده أو رجله أو ما يعيش بعده أكل بقيته دون المباين، لما⁽¹⁾ يروى أنه عليه السلام قدم المدينة فوجدهم يجزون⁽²⁾ أسنمة الإبل واليات الغنم، فقال: (ما أبين من الحي فهو ميتة). فان كان يعود التحام ما قطع اكل جميعه، قال المازري: ووافقنا (ش) في أكل النصفين، ومنع (ح) إلا أن يكون ما يلي الرأس اقل، فانه من معنى التذكية، وأجاز (ش) أكل العضو المَبَان⁽³⁾ مطلقا اذا مات الصيد من تلك الضربة، لأنه لم يَبْن عن حي إلا⁽⁴⁾ اذا تعدد الضرب فقد ابين عن حي، والتذكية انما حصلت⁽⁵⁾ بالثانية، قال صاحب البيان: لا خلاف انه لا يؤكل المَبَان اذا كان الفخذين ونحوهما، وانه يؤكل الجميع اذا قسمه نصفين، فإن أبان وركيه مع فخذه ولم تبلغ الضربة الى الجوف: قال مالك: لا يؤكل المَبَان، وقال ابن حبيب كذلك إن ابين العجز مع ذلك، والصواب: أكل الجميع، وان بقي العجز، لأنه لا يعيش بعد الفخذين، فَلَوْ قطع خطمه لم يؤكل الخطم وان تعذر عليه الرعي، لأنه ليس بمقتل فقد يصب الماء في حلقه.

(1) ابو داود في الصيد، باب صيد قطع منه قطعة، والترمذي في الأطعمة، والدارمي في السنن (93/2) واحد في (المسند 298/5) عن ابي واقد الليثي، وحسنه الترمذي، ورواه ابن ماجة والبخاري والطبراني وابن عدي من طريق تميم الداري بسند ضعيف، ولكنه يقوى بما قبله.

(2) د يجبون، وهو الصواب، والمعنى: يقطعون.

(3) (م) المباين.

(4) في الاصل: عن حي اذا ما تعدد الضرب، والصواب ما اثبتنا من (م).

(5) ي: جعلت.

فرع

في الكتاب⁽¹⁾: اذا شحت⁽²⁾ الصيد فمات من الانبهار دون جرح يؤكل: وقاله (ش) و(ح) خلافا لابن حنبل واشهب، ومنشأ الخلاف: أن أصل الذكاة إخراج الدماء بجملتها اقتصر على الجرح في الوحش للضرورة⁽³⁾ وان لم⁽⁴⁾ توجد فهو ميتة، أو ينظر الى ظاهر قوله: ﴿مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ وهذا ممسك علينا.

فرع

قال ابن يونس: لو رمى صيداً في الهواء⁽⁵⁾ فسقط في الماء او في جبل فتردى فمات لم يؤكل، إذ لَعَلَّ سببَ موته الغرق أو التردى دون الرمي الا ان ينفذ مقاتله. وقاله (ش) و(ح).

فرع

قال ابن يونس: اذا رمى غزالا يظنه بقر وحش: فالصواب أنه يؤكل لأنه نوى الصيد، وقال أصبغ: لا يؤكل لأنه لم ينو خصوصه، ويلزم على هذا اذا نوى ذكاة كبش فظهر أنه نعمة⁽⁶⁾.

(1) في (الكتاب) ساقطة من الأصل.

(2) د سمت.

(3) د على الضرورة.

(4) ي: ولم يوجد.

(5) ي: في الجو فسقط في الهوي او في جبل او تردى.

(6) كذا النسختان بدون ذكر جواب اذا، وحذفه اختصاراً، والمعنى، لا تؤكل، وهو

لازم كلام اصبغ، وهو غير صحيح.

فرع

قال المازري: اذا أرسل مسلم ومجوسي كليهما ولم يعلم استقلال كلب المسلم: لم يؤكل، وان أرسل المسلم وحده كلبه فرد كلب المجوسي على كلب المسلم الصيد: أجازته (ش) ومنعه (ح)، قال: وهو مقتضي اصولنا لأننا نقتل الممسك للقتل وان لم يقتل، مع أن (ش) و(ح) لا يقتلانه، فبقي (ش) على اصله، وغلبَ (ح) حكم التحريم هاهنا، واحتج الشافعية⁽¹⁾ على (ح) ان كلب المجوسي لو⁽²⁾ قرب الصيد سهم المسلم أكل اتفاقاً، واذا أمسك مجوسي كبشاً لمسلم حتى ذكاه اكل اتفاقاً مع وجود الإعانة، قال: وعندي في السهم نظر. ولو أثار⁽³⁾ كلبه فأغراه مجوسي أكل بخلاف العكس، وقاله (ح) لأن الأصل الإرسال، واذا شارك المعلم غير معلم إن تيقن المعلم اكل، أو غير المعلم لم يؤكل، أو شك لم يؤكل، أو ظن فقولان.

فروع⁽⁴⁾

في الكتاب: من طرد صيدا فدخل دار إنسان لأنه اضطره فهو له، وان لم يضطره فهو لصاحب الدار، وما وقع في الحباله فأخذه أجنبي هو لربيها، قال ابن يونس: ومن اضطر صيداً الى حباله يألجائه فهو له، وإلا فلربيها، وإن تعمد وقوعه فيها فلها بقدر ما يرى ذلك، قاله مالك، وقال اصبغ: هو للطارد، وعليه قيمة الإنتفاع بالحباله، كمن صاد بكلب رجل أو سهمه، وقال محمد: هو لطالبه سواء تعمد أو ألجأ، وعليه الأجرة ولو

(1) د: (ش).

(2) د لو قرب السهم لصيد المسلم، وفي العبارة شيء، وعبارة (م) أوضح.

(3) د امثلا كلبه، وهو تحريف.

(4) د فرع.

كان الصيد غير⁽¹⁾ ملجئ: فلصاحب الحباله لأنها كيده بسبب نصبها لذلك، وقال ابن القاسم: الصيد بكلب رجل له الأجرة، والصيد لرب الكلب، كما لو تعدى على عبد رجل فبعثه يصيد له، بخلاف المتعدي على الفرس، الصيد له، وعليه الأجرة، لأن الفرس ليس ممسكا.

فرع

قال ابن يونس: قال مالك: إذا ندَّ الصيد المملوك بصيد أو بشراء ثم صيد بقرب ولم يتوحش فهو للأول، وإلا فليمن صاذه، قال المازري: قال ابن عبد الحكم والأئمة: هو للأول وإن طال توحشه كسائر الأملاك لا تبطل بالغيبة عن المالك، وقال ابن حنبل: إذا وقع في شبكته دون يده ملكه، وإن انفلت فلمن أخذه بخلاف يده، فإن لم يتأنس عند الأول، قال ابن عبد الحكم أيضا: هو للأول، وقيل للثاني بخلاف ندوده بعد تأنسه، واتفقوا على الحرري يؤسر ثم يبق⁽²⁾ إلى بلد الحرب ثم يؤسر، فإنه للأول، وهو شديد الشبه بالمصيد، وقد فرق بعض أصحابنا بأن الحرري له من يمنعه والصيد بقي دون مانع كموات الأرض إذا أحبي ثم خرب، والروايات على التسوية بين مالك الأول بصيد أو شراء، وقال في الكتاب: ⁽³⁾ إن كانت بشراء فللأول، أو بصيد فللثاني كما قلنا في إحياء الأرض⁽⁴⁾.

واتفقوا على أن الماء إذا حيز من نهر ثم انصب فيه: إن الملك يسقط، ونقل عن الشافعي⁽⁵⁾ أن الملك باق في الماء.

(1) ي: ولو كان الصائد ملجئاً، وهو تحريف.

(2) د ثم يأتي.

(3) د ابن الكاتب.

(4) د الأرضين.

(5) د (شق).

فرع

في الكتاب: من صَاد ظبياً في أذنه قُرطان عرفهما، وإن كان هروبه هروب انقطاع، فالصيد للصائد، وما عليه فلربه، فإن قال ربه: نَدَّ من يومين، وقال الصائد: لا علم لي، فعلى ربه البينة لأنه مُدَّعٍ، إلا أن يجده مربوطاً بخيط أو في شجرة، فللأول، (وقال سحنون: البينة على الصائد لأنه مُدَّعٍ زوال ملك الأول)،⁽¹⁾ وقال ابن عبد الحكم و(ش) و(ح): هو للأول طال زمانه أو قصر استصحاباً للملك السابق. لنا: القياس على صيد الماء، وهذه الفروع تنزع إلى قاعدة إحياء الموات، وأنه إذا ذهب إحياءه عاد مواتاً، ويمكن الفرق بأن الشرع أصدر ذلك بصيغة الشرط فقال:⁽²⁾ (مَنْ أَحْيَى أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ) ويلزم من انتفاء الشرط انتفاء المشروط، وها هنا بصيغة الإذن والتملك، كالمعادن وغيرها، وقال تعالى: ﴿وَإِذَا حُلِّلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ (المائدة: 2) ولأن الموات إذا خرب بترك مجيئه له كان ذلك اعراضاً عن ملكه واسقاطاً له، والصيد فر بنفسه، نظيره: غصب الموات المُحْيِي، فإنه لا يسقط الملك فيه.

(1) ما بين القوسين سقط من ي.

(2) رواه مالك في (الموطأ) مرسلًا، كتاب الأقضية، باب في عمارة الموات، ورواه الثلاثة

أبو داود والترمذي والنسائي موصولاً عن سعيد بن زيد وجابر، وهو صحيح.

كتاب النكاح⁽¹⁾

وهو في اللغة: التداخل، تقول: أنكحت الأرض البذر ونكحت الحصة خف البعير، والوطء تداخل، فسُمي نكاحاً، ويطلق على العقد مجازاً، من باب إطلاق المسبب على السبب، ويقال: كل نكاح في كتاب الله تعالى فالمراد به: العقد إلا قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ (البقرة: 330) (ويطلق على الصداق لأنه سبب كالعقد، نحو قوله تعالى⁽²⁾): ﴿وَلَيْسَتَعَفِيفَ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحاً﴾ (النور 32)⁽³⁾ أي صداقاً، ويحتمل ان يكون من باب الإضمار، أي سبب نكاح، لكن المجاز أولى من الإضمار على ما تقرر في الأصول.

قال اللخمي: وهو في الشرع أربعة اقسام: (واجب غير موسع لمن

(1) هنا في ي ما نصه: بسم الله الرحمن الرحيم، صلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليماً. الجزء الخامس من كتاب الذخيرة على مذهب امام دار الهجرة النبوية، مالك بن انس رضي الله عنه، تأليف الفقيه العالم الأوحد شهاب الدين احمد بن ادريس المالكي رضي الله عنه، فيه من الكتب: كتاب النكاح، الباب الأول في اقطاب العقد الباب الثاني في اسباب الخيار. الباب الثالث في التوابع، والحمد لله وحده. بسم الله الرحمن الرحيم، صلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليماً. (كتاب النكاح).

(2) ما بين القوسين سقط من الأصل.

(3) د: (وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله).

خشي الزنا وَعَجَزَ عن التَّسَرِّي، ولا يذهب عنه بالصوم،⁽¹⁾ وواجب موسع إن كان كذلك، ويقدر عن التسري ويذهب بالصوم، فهو نخير بينه وبين النكاح، فإن كان يذهب الصوم وجب أحد الثلاثة على التخيير، والزواج اولى، لقوله⁽²⁾ عليه السلام: (يا مَعْشَرَ الشَّابِّ، مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنْهُ أَغْضَى لِلْبَصَرِ وَأَحْصَنَ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ، فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ)⁽³⁾ فقدم النكاح على الصوم والسراري تنتقل طباعهن للولد، ومندوب. لأمن من⁽⁴⁾ الزنا الراغب في النساء وهو يولد له، ومباح، للمعرض عن النساء وهو لا نسل له، وكذلك المرأة، الا في التسري، قال صاحب (المعلم):⁽⁵⁾ ومكروه، لمن لا يشتهي وينقطع به عن العبادة، وقال اهل الظاهر بوجوبه، لظاهر صيغة الأمر في الحديث، وفي قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ (النساء: 3) وغيرها، ويدل على عدم الوجوب: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ (النساء: 4) فخير بين النكاح وملك اليمين، (وملك⁽⁶⁾ اليمين) لا يجب اجاعا، فكذلك النكاح لتعذر التخيير بين الواجب وما ليس واجبا، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَعْيُنِهِمْ خَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا

(1) ما بين القوسين سقط من الأصل.

(2) البخاري في الصوم، باب الصوم لمن خاف على نفسه العزوبة، وفي النكاح، باب قول النبي (ﷺ) من استطاع الخ ومسلم في النكاح، باب استحباب النكاح لمن طاقت نفسه اليه ووجد مؤنة واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم، وابو داود وغيرهم، عن عبد الله بن مسعود، وفيه قصة.

(3) الأصل: رجاء، والصواب: وجاء بالواو، وهو نوع من الخصاص.

(4) د الا من الزنا، ولعل صواب العبارة: للآمن من الزنا الراغب في النساء.

(5) بفوائد مسلم، لأبي عبد الله محمد بن علي المازري الإمام الشهير المتوفي سنة 536، والنص

في (المعلم 129/2) وقد طبع للآن ثلثاه بتونس.

(6) ما بين القوسين سقط من ي.

مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴿ (المؤمنون: 5).

فوائد: في الحديث المتقدم: الباء: المنزل، ويقال له: مباءة ومبوأ. ولما كان المتزوج يتبوأ بامراته بيتا سمي النكاح باءة، وفيه اربع لغات: المدَّ مَعَ التاء، ومع حذفها، وبَّاهة بإبدال الهاء من الهمزة، والقصر مع الهاء. وقوله: مَنْ استطاع منكم، يريد: المال الموصل الى الوطىء، وليس المراد: الوطىء، والا لفسد قوله: وَمَنْ لم يستطع فعليه بالصوم.

واعلم أن الصوم يقطع النكاح غالبا لإضعافه القوة، وتجفيفه الرطوبة التي تولد المنى، وقد يزيد في النكاح في حق المرطوبين فيقربون به من الاعتدال فيقوى عندهم بالصوم، لكنه قليل في الناس.

فرع

النكاح - مع قطع النظر على أحوال الناكحين - مندوب اليه، وتركه لنوافل العبادة عندنا وعن (ش) افضل، لمن لم تمل اليه نفسه، وعند (ح) وابن حنبل: هو افضل، لأن العلماء اختلفوا في وجوبه، فأقل احواله تقديمه، ولأنه يوجب إعفاف الزوجين، ووجود من يوحد الله تعالى ويكثر به عليه السلام، فهو متعدد لهذه المصالح العظيمة، والمتعدي افضل من القاصر، ولتقديمه له عليه السلام على الصوم في الحديث السابق، الجواب عن الأول: أن ذلك الخلاف غير مُعتد به لضعف مدركه، وعن الثاني: أن اصل النكاح شهوة النفس، وشهوة النفس مقتطع عن الرب تعالى، وانما هو وسيلة لما ذكروه^(١)، والنوافل قربات في انفسها متعلقة بالرب تعالى بمعزل عن النفس، والمقاصد مقدمة على الوسائل، وعن الثالث: ان تقديم الصوم عليه انما كان في حق الشباب الذين شأنهم فرط الميل وخشية الفساد، والنزاع انما هو في غيرهم.

(١) د لما ذكرتموه.

وتنحصر مقاصد الكتاب في ثلاث مقدمات، وثلاثة ابواب، مشتملة على اقطاب العقد، ثم أسباب الخيار فيه، ثم توابعه، ويتمهد الجميع على هذا الترتيب ان شاء الله تعالى.

المقدمة الأولى: في الجواهر: قال القاضي ابو بكر: ينظر الى المخطوبة قبل، وقاله الأئمة لما في ابى⁽¹⁾ داود قال عليه السلام: (اذا خَطَبَ احدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر الى ما يدعوه الى نكاحها فليفعل)، قال: ولا ينظر الا الى وجهها وكفيها، ويحتاج الى اذنها عند ابن القاسم، لأن البغته قد توقع في رؤية العورة، وقال (ش) وابن حنبل: يكفي اذن الشرع.

تمهيد. أبيح هذا النظر المحرم لضرورة دوام الصحبة اذا دخل على معلوم، كما أبيح لتحمل الشهادة في الوجه والفرج في غير الزنا، وفي الزنا على ظاهر المذهب، وبإباح ذلك من الأمة المباحة الوطء، أعني الفرج، ومن الزوجة اباحة من الجانبيين،⁽²⁾ وقيل: يكره نَظَرُ الفَرْجِ لأنه يضعف البصر.

المقدمة الثانية: في الجواهر: الخطبة مستحبة، والتصريح بخطبة المعتدة حرام، والتعريض جائز، وهو القول المفهم لمقصود الشيء من غير تنصيص، مأخوذ من عَرَضَ الشيء وهو ناحيته، لأنه تحريم⁽³⁾ على النكاح من غير هجوم عليه، لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ، عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا، إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا، وَلَا

(1) في النكاح من السنن، باب الرجل ينظر الى المرأة وهو يريد تزوجها. عن جابر بن عبد الله. قال ابن حجر في (بلوغ الرام) - كتاب النكاح: رجاله ثقات، وصححه الحاكم، وله شاهد من حديث المغيرة.

(2) د ومن الزوجة من الجانبيين.

(3) كذا.

تَعَزَّمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴿ (البقرة: 135) فدل على⁽¹⁾ إباحة الإكثان والتعريض، وتحريم المواعدة، وبهذا قال الأئمة، غير أن (ش) وابن حنبل منعا من التعريض للرجعية لأنها زوجة، ولست أنقل فيه عندنا شيئاً غير أن الأصحاب اطلقوا الإباحة من غير تخصيص، وفي الجواهر: قال القاضي ابو بكر: والذي مال اليه مالك في التعريض: أن يقول: اني بك لمعجب، ولك محب، وفيك راغب، قال: وهذا - عندي - اقوى التعريض وأقرب الى: التصريح، قال: والذي أرى أن يقول: إن الله تعالى سائق اليك خيراً⁽²⁾ فأنت نافعة، فإن زاد فهو تصريح.

فرع

قال اللخمي: قال مالك: لا بأس بالهدية لأنها تعريض.

قاعدة: الأحكام كلها قسمان: مقاصد. وهي المتضمنة للحكم في نفسها، ووسائل تابعة للمقاصد في أحكامها من الوجوب والتحريم وغيرهما، وهي المفضية الى تلك المقاصد (خالية عن الحكم في نفسها من حيث هي وسائل، وهي اخفض رتبة من المقاصد)⁽³⁾ فالجمعة واجبة مقصداً، والسعي واجب وسيلة، والزنا محرم مقصداً⁽⁴⁾، والخلووة محرمة وسيلة، وكذلك سائر الأحكام.

والوسائل أقسام: منها ما يبعد⁽⁵⁾ جداً فلا يعطى حكم المقصد، كزراعة

(1) ي. قال: على اباحة، وفيه نقص.

(2) بياض بالأصل، وفي د: وأسوريني، كذا بدون نقط، وفي الشرح الكبير للخرشي: وأبشري فأنت نافعة.

(3) ما بين القوسين سقط من د.

(4) ي: محرم ومقصد.

(5) ي: يتعد، وهو تصحيف.

العنب المفضية الى الخمر، وما قرب جدا فيعطى حكم المقصد كعصر الخمر، وما هو متردد⁽¹⁾ بين القريب والبعيد فيختلف العلماء فيه، (كإقتناء)⁽²⁾ الخمر للتخليل، والمحرم⁽³⁾ مقصدا هاهنا: اختلاط الأنساب باجتماع المائتين في الرحم من الزوج السَّابِق واللاحق، والعقد حرام تحريم الوسائل، لإفضائه الى الوطء، والتصريح كذلك لإفضائه للعقد فهو وسيلة الوسيلة، ولما بُعد التعريض عن المقصد لم يحرم، والإكثان⁽⁴⁾ أبعد منه.

فرع

قال اللخمي: فإن تزوجها في العدة فأربعة أقوال، (قال⁽⁵⁾ مالك): تحرم، دخل في العدة أو بعدها، مناقضة له بنقيض مقصوده، كالقاتل عمدا، ولا تحرم إن فرق بينهما قبل الدخول، لانتفاء المقصود من العقد، وقال ايضا: إن دخل بعد العدة فسخ، وما هو بالحرام البين، لحصول براءة الرحم قبل الوطء الثاني، وقاله ابن حبيب، وقال ايضا: تحرم بالعقد تنزيلا للوسيلة منزلة المقصد، وقال ابن نافع: لا تحرم وإن دخل في العدة قياساً على الزنا بها، وقاله (ش) و(ح)، فإن قَبَّل أو باشر في العدة حرمت عند ابن القاسم كما تحرم أمة الأب بالمباشرة على الإبن، ولمالك قولان.

قال صاحب البيان: والقابلة والمباشرة بعد العدة لا تحرم اتفاقا، وفي الجلاب: الفسخ بغير طلاق، لأنه يجمع على فساده، ويجب المسمى

(1) ي: متقرب، وهو تصحيف.

(2) بياض بالاصل.

(3) ي: والمقصد والمحرم.

(4) د والاكثيان، وهو تصحيف.

(5) سقطت من ي.

بالدخول⁽¹⁾ لقوله عليه السلام: (أَيُّمَا⁽²⁾ امرأة نكحت نفسها فنكاحها باطل، وإن مسها فلها المهر بما استحلت من فرجها) وما هنا كذلك، ولا يتوارثان قبل الفسخ لفساد العقد، وفي الكتاب: إن دخل بها عوقب الزوج والمرأة والشهود إن علموا.

فرع

قال: ⁽³⁾ فإن تزوجها ثم ولدت من زنا لثلاثة أشهر حرمت ابدا كالنكاح في العدة، وكرهت عند اصبح. وفي الجواهر: دخول وطء على وطء على ثمانية أوجه: وطء نكاح في عدة نكاح، ووطء نكاح في عدة شبهة نكاح، ووطء نكاح في استبراء غصب، ووطء نكاح في استبراء زنا، ووطء نكاح في استبراء ملك، ووطء نكاح في استبراء ملك بعد العتق، ووطء ملك في استبراء ملك، ووطء بغير شبهة في عدة أو استبراء بغصب أو زنا، فيحرم في الأول والثاني على الواطئ ابدا اتفاقاً من اصحاب مالك، وفي الثالث والرابع عند مالك، خلافاً لعبد الملك، وفي الخامس قولان، نظراً الى الملك السابق، فلا يحرم، أو قصد تعجيل شيء بالنكاح فيحرم، ولا يحرم في السادس عند ابن القاسم وأشهب، وهو عندهم اخف من استبراء أم الولد، لوقوع الوطء في ملك أم الولد، ولا يحرم في السابع اتفاقاً، لأن الملك مقصوده الاستخدام دون الوطء⁽⁴⁾ فضعفت آثار الوطء

(1) (بالدخول) سقطت من د.

(2) هو بعض حديث رواه ابو داود في النكاح، باب في الولي، والترمذي في النكاح، باب ما جاء لانكاح الابولي، عن عائشة رضي الله عنها، وهو صحيح، وفيه: تكرار: فنكاحها باطل ثلاث مرات. وتامه: فان اشتجروا - اي فخاصموا - فالسلطان ولي من لا ولي له.

(3) (فرع) قال - سقطت من (م).

(4) ي: دون الملك، وهو تحريف.

فيه، ولذلك لا يجب القسم للسراي، ويكون مضيقاً على نفسه إذا قال: كل امرأة أتزوجها طالق، وإن أبقى⁽¹⁾ السراي، وشبهة الملك كالمملك،⁽²⁾ كما أن شبهة النكاح كالنكاح، ولا يحرم في الثامن، لأنه لم يرد تعجيل شيء. بل أقدم على الحرام مع قطع النظر على شيء يتعجل أو يتأجل، والأصل في هذا التحريم: قول عمر وعلي رضي الله عنهما من غير مخالف، فكان اجماعاً، والقياس على قاتل⁽³⁾ الموروث عمداً، وعلى الملاعين، بجامع ادخال الشبهة في النسب.

قال اللخمي: إذا تزوجت في استبراء من زنا ودخل بها: فالذي رجع اليه ابن القاسم أنها إن كانت حاملاً حرمت، والا فلا، وقال: اشهب: إذا اغتصبت امرأة حاملاً، له وطؤها لأن الحمل لا يطرأ على الحمل الا في غاية الندرة، وكرهه أصبغ.

فرع

إن واعدت في العدة، أو عقد بعدها: قال في الكتاب: يفسخ بطلقة أحب الي، دخل أم لا، للنهي، ثم يخطب بعد ذلك لانتفاء العقد ومقصوده من العدة، وقال اشهب: يفسخ وتحرم أبداً وطيء أم لا⁽⁴⁾، لأن ما وقع بعد العدة سببه المواعدة في العدة وهي حرام، والمبني على الحرام حرام.

(1) د: وان بقي.

(2) (كالمملك) سقطت من ي.

(3) د: القاتل الموروث، وهو لحن.

(4) الأصل: ان وطيء.

فرع

قال اللخمي: الرجعية تتزوج في العدة فيرتجعها زوجها في العدة وقبلاً التفريق بينها، قال مالك: تصح الرجعة⁽¹⁾ ولا يطؤها حتى يستبرئها من الماء الفاسد بثلاث حيض إن دخل بها الثاني، وإن أصابها في عدتها من الثاني لم تحرم، لأنه أصاب امرأته، وكذلك المنعي⁽²⁾ لها زوجها فيقدم، فيفرق بينها وبين الثاني، فيصيبها الأول قبل انقضاء عدة الثاني، وكذلك التي تزني فيصيبها زوجها قبل الإستبراء، بخلاف البائن تتزوج في العدة، لا يجوز للأول العقد عليها وهي في عدة منها، فإن فعل⁽³⁾ فسخ قبل الدخول وبعده، لأن البائن أجنبية، والرجعية زوجة، وتحرم عليه إن دخل بها في العدة منه أو من الثاني.

فرع

قال صاحب المنتقى⁽⁴⁾: إذا طلقها البتة ثم تزوجها في عدتها: قال ابن نافع: تحرم ابداً قياساً على الأجنبي، وكذلك قال مالك: إذا خَالَعَهَا على أنها إن طلبت ما أعطت فهي امرأته، فطلبته فرده⁽⁵⁾ وراجعها وأصابها في عدتها حرمت عليه أبداً، وروي عن ابن القاسم وغيره⁽⁶⁾ حلها، لأن الماءين لواحد، ومباشرة الأجنبي المتزوج في العدة دون الوطء فيها قولان لابن

(1) ي: العدة، وهو خطأ.

(2) ي: المنع، وهو تحريف.

(3) ي: دخل.

(4) في شرح (الموطأ) لأبي الوليد الباجي، وهو مطبوع بمصر.

(5) ي: فردها.

(6) ي: وغيرها حله.

القاسم، ولو تصادقا بعد الخلوة على عدم الوطء حرمت أبداً، ولا تصدق عند ابن القاسم واشهب، ولو صدقت في هذا لأسقطت العدة.

فرع

قال صاحب البيان: لو تزوجها في عدتها مجوسيان أو نصرانيان ثم أسلما بعد انقضائها لا يفرق بينهما، وطىء فيها أم لا، وإن أسلما في العدة فسخ إن كان العقد قبل حيضة، وقيل: قبل ثلاث، وإن وطىء بعد الإسلام في العدة حرمت أبداً عند مالك وجميع أصحابه.

فرع

قال صاحب المنتقى: تستحب الخطبة بالضم عند الخطبة بالكسر، وصفتها: أن يحمد الله تعالى ويثني عليه ويصلي على نبيه عليه السلام، ثم يقول ما رواه الترمذي: ⁽¹⁾ ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ، وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ (آل عمران: 102) ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً﴾ (النساء: 1) ﴿اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيداً﴾ (الأحزاب: 70) الآية، ثم يقول: أما بعد: فإن فلانا رغب فيكم، وانصوى ⁽²⁾ اليكم، وفرض لكم من الصداق كذا وكذا فأنكحوه هذه السنة، وفي الجواهر: تستحب أيضاً عند العقد.

(1) في النكاح، باب ما جاء في خطبة النكاح، وأبو داود والنسائي كلاهما في النكاح، عن

عبد الله بن مسعود، وهو صحيح، وقد اختصره المؤلف.

(2) ي: ارضوا، وهو تصحيف.

فرع

وفي الجواهر: يجوز الغيبة في ذكر مساوئ الخطّاب للحذر، لقوله⁽¹⁾ عليه السلام لزَيْنَب بنت قيس: (أما معاوية فرجل صعلوك لا مال له، وأما أبُو جهم فلا يضع العصا عن عاتقه).

فرع

قال الأبهري في شرح المختصر: اذا تزوجها في عدتها جاهلاً ثم علم بذلك وأصاب في العدة حرمت عليه أبداً، فإن لم يصب فله تزوجها بعد العدة بعقد جديد.

المقدمة الثالثة: في الجواهر: تحرم الخطبة على خِطبة الغير بعد الكفارة والتراكن، وبه قال الأئمة، لقوله عليه السلام في الموطأ: ⁽²⁾ (لا يخطب أحدكم على خِطبة أخيه)، قال ابن القاسم: ولا يقف التحريم على تقدير الصداق لتحقق الخطبة بدونه، بدليل التفويض⁽³⁾، ووافقه ابن نافع، لأن السكوت عنه نادر، قال الأصحاب: وهذا في المتماثلين، قال ابن القاسم: وهو مورد الحديث، اما فاسق وصالح فلا، لتحصيل المصلحة للمولى عليها.

(1) مسلم في الإيلاء، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، عن فاطمة بنت قيس (لا زينب كما جاء عند المؤلف) وكذلك رواه أبو داود والنسائي في الطلاق.

(2) في النكاح، باب ما جاء في الخطبة، عن أبي هريرة، ورواه البخاري في النكاح، باب لا يخطب على خِطبة أخيه.

(3) د التفريط، وهو تصحيف.

فرع

قال: فلو اقتحم النهي أدب، ولا يفسخ عقده عند ابن القاسم و(ش) و(ح) لأن النهي حق للغير لا لمفسدة في العقد، ويفسخ عند ابن نافع قبل الدخول نظراً للنهي، وروي عنه: يفسخ مطلقاً، قال عبد الوهاب: وظاهر المذهب: الفسخ: قال القاضي أبو بكر: الصحيح عدمه.

فرع مرتب

قال: قال ابن يونس: إذا لم يفسخ للعاقد التوبة^(١) وعرضها على الخاطب الأول فإن حله مضى، وإن أبى فارقها، فإن نكحها الأول والا استأنف عقده عليها، قال ابن القاسم: إن لم يحله استغفر الله ولا شيء عليه.

(١) كذا وفي الكلام شيء والأصل هنا وقع فيه اهتزاز أثناء التصوير فاضطرب.

الباب الأول

في أقطاب العقد

وهي خمسة:

القطب الأول : العاقد ، وهو الزوج أو الولي ، ولا يجوز عقد المرأة على نفسها ولا على غيرها بكرًا كانت أو ثيبًا ، رشيدة أو سفیهة، أذن الولي أم لا، وقاله (ش) وابن حنبل، وجوزه (ح) في الرشيدة لقوله تعالى: ﴿أَنْ يَنْكِحَنَّ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ (البقرة: 232) ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ (البقرة: 230) فأضاف العقد إليها، ولأنها متصرفة في مالها ففي نفسها بطريق الأولى، لأن الحِجر على البالغ العاقل على خلاف الأصل، والأصل: ملك الانسان لمصالح نفسه، والجواب عن الأول: أن النكاح حقيقة في الوطء وهو متعذر من المرأة، وإذا تعذرت الحقيقة فحملة على التمكين منه أولى، لأنه أقرب المجازات الى الحقيقة، ويوضحه قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾ (النور: 32) فخاطب الأولياء دون النساء، وقوله عليه السلام عند الدار قطني: ⁽¹⁾ (لا تزوج المرأة المرأة، ولا المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها) وقال: هذا حديث صحيح، وعن الثاني: الفرق بأن تصرفها في نفسها مع غلبة شهوتها يُخشى منه العار عليها وعلى اولياءها، يأخذها غير

(1) في (السنن) كتاب النكاح، ورواه ابن ماجة في النكاح من سننه، عن ابي هريرة، قال ابن حجر في (بلوغ المرام): رجاله ثقات.

كفو، وهي مفسدة تدوم على الأيام، بخلاف المال فيكون الحجر عليها
اولى من الحجر على السفية في ماله.

تفريع

في الجواهر: لا خلاف عندنا أنها لا تكون ولياً على المرأة،⁽¹⁾ وروي
عن ابن القاسم ولايتها على عبيدها ومن وصيت عليه من أصاغر⁽²⁾ الذكور
دون الإناث، والفرق من ثلاثة أوجه: ان للصبي (أهلية)⁽³⁾ العقد بعد
البلوغ، والعبد بعد العتق، ولأنها قادران على رفع⁽⁴⁾ العقد بالطلاق، ولأن
الولاية عليها ليس لطلب الكفات⁽⁵⁾ المحتاجة لدقيق النظر بخلاف الأنثى
في ذلك كله.

قال سجنون: للمرأة مباشرة العقد على من يعقد على نفسه بوكالته لها،
والفرق: أن الوكالة لا تقع الا بعد النظر في تحصيل المصلحة من العقد⁽⁶⁾
فلا خوف، وتجب للدخول بها في النكاح بغير ولي المسمى، ويسقط الحد⁽⁷⁾
لشبهة الخلاف ويفسخ، ولو طال بعد الدخول بالأولاد فطلاق⁽⁸⁾ عند ابن
القاسم، وبغيره عند ابن نافع نظراً الى الخلاف أو تمكن الفساد، لقوله⁽⁹⁾

(1) د عن امرأة.

(2) اصاغر) محلها بياض ي.

(3) محلها بياض.

(4) ي: دفع.

(5) ي: الكفاة، وهو تحريف، ولعلها: الكفاءة.

(6) ي: من العقد، وتجب في الدخول.

(7) الحد) سقط من الأصل.

(8) الكلمة في ي مطموسة وبقي منها ب.

(9) تقدم تخريجه.

عليه السلام: (أما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل ثلاث مرات، فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب منها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له).

واما من له اهلية العقد، ففيه فصلان:

الفصل الأول: الزوج، ويشترط فيه شروط للصحة، وشروط للاستقرار،⁽¹⁾ أما شروط الصحة فاربعة: الأول: الإسلام، لأن الكفر مانع من الاستيلاء على فروج المسلمات، والتميز. والعقل، حتى يتأتى منه الإنشاء للعقد، فيخرج الصبي غير المميز، والمجنون، وأما السكران: فقال صاحب البيان: أما الذي لا يعرف الرجل من المرأة، ولا السماء من الأرض فكالمجنون في جميع أقواله وأفعاله اتفاقاً بينه وبين الله وبين الناس، إلا في قضاء الصلوات، فقليل: يجب عليه، لأن المعصية لا تكون سبب الرخصة والتوسع، وأما من فيه بقية من عقله وهو مختلط بأربعة اقوال: قال ابن عبد الحكم: كالمجنون، لقول عثمان رضي الله عنه: ليس للمجنون ولا للسكران طلاق، وقال ابن نافع في الكتاب (و(ش) و(ح): هو كالصَّاحي في جملة احواله، لقوله تعالى خطاباً للسكران: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى﴾ (النساء: 43)، وقال الليث: تلزمه الأفعال دون الأقوال. فيقتص منه ويحد في الزنا دون القذف، والطلاق والعناق لاحتياج الفعل الى مقدمات أكثر من القول، قال: ومذهب مالك وعامة أصحابه: تلزمه الجنايات كالعتق والطلاق والحدود دون الإقرارات والعقود، وهو أظهر الأقوال، لأن ما لا يتعلق به حق الله تعالى من الإقرارات والعقوبات اذا لم تلزم الصبي فهو أولى، وتلزمه حقوق الله تعالى من الصوم والصلاة ونحوهما، ويلزمه النكاح، فإن شهدت البينة بالاختلاط دون السكر حلف على المشهور، ولا يلزمه النكاح، وقيل: يلزمه، واذا لم يرجع في وصية حتى

(1) وقع هنا في ي تداول بسبب الإهتزاز في الصورة.

مات نفذت. الرابع: تحقق الذكورية، فالخنثى: قال اللخمي: لا ينكح ولا ينكح، ويحمل في صلاته وشهادته وجلة أحكامه على الأحوط، ويتأخر عن صفوف الرجال، ويتقدم عن صفوف النساء، قال ابو الطاهر: وله وطء جاريته بملك اليمين.

وأما شروط الاستقرار: فخمسة.

الشرط الأول: الحرية، فلا يستقر نكاح العبد بغير اذن سيده، ووافقنا (ح)، وقال (ش) وابن حنبل: لا يجوز بإجازة سيده لقوله عليه السلام في ابي داود: ⁽¹⁾ (أما عبد تزوج بغير اذن سيده فهو عاهر) واتفق الأئمة على منعه ابتداء، وانما اختلفوا هل الرق مانع من الصحة والاستقرار؟ ووجه تعلق حق السيد: ان زواج العبد ينقص الرغبات فيه لتعذر نقلته من بلده لتعلقه بامراته وذريته، وصرف كسبه لهم سراً وعلانية، وليس له ان ينقص مال سيده بتنقيص ماليته، قال: وفي الكتاب: وفسخه بطلقة بائنة او تطليقتين جميع طلاق العبد، وعلى الأول اكثر الروايات، وان أجازته جاز، فإن امتنع من الإجازة ثم أجاز: فإن أراد بالأول الفسخ انفسخ، والا صحت الإجازة من قرب، وإن أعتقه بعد علمه نفذ، وإن باعه قبل علمه لم يكن للثاني فسخه. لأنه انما انتقل اليه ملك معيب، وله الرد بالعيب ان لم يعلم ⁽²⁾ فيفسخه البائع إن أراد، وان مات قبل علمه فَلَوَرَّثَتْهُ ما كان لمورثهم، قال اللخمي: مقتضى مذهب الأبهري فسخه (بغير طلاق، قال: وأرى للبائع فسخه ⁽³⁾) قبل رده عليه بالعيب، وللمشتري رده بعد الفسخ لأنه عيب لا يرتفع بالفسخ بسبب

(1) في النكاح، باب نكاح العبد بغير اذن سيده، عن جابر بن عبد الله، ورواه الترمذي في النكاح، وهو صحيح.

(2) ي: ان لم يعلمه فسخه.

(3) ما بين القوسين سقط من ي.

عادة العبد لذلك، وإذا رضي المشتري بذلك ثم رده بعيب قديم رد ما نقص النكاح، لأن رضاه به كالحديث عنده.

فرع

قال اللخمي: للعبد زواج أربع، وروي عنه: لا يتعدى اثنتين، وبه قال الأئمة، لقول عمر رضي الله عنه: ينكح العبد اثنتين ويطلق تطليقتين، ولأنه معنى يقبل التفاضل فيتشطر، قياساً على الحدود والعدد والطلاق، والجواب عن الأول: أنه روي عن ابن عباس⁽¹⁾ خلافه، وعن الثاني: أن العلة ثمة إنما هي كونها عذاباً فاندرج في قوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ (النساء: 24) وها هنا نعم فلا يلحق به، بل يمنعه قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتًى وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ (النساء: 3) وهو مندرج في الضمير المذكور.

تنبيه. آية التشطير إنما تناولت الإناث لقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ﴾⁽²⁾ وإنما ألحق الذكور بالإجماع.

تمهيد. للعبد مع⁽³⁾ الحرائر أربع حالات: التشطير كالحدود، والمساواة كالعبادات، ومختلف فيه كعدد الزوجات وأجل الإيلاء والعنة⁽⁴⁾ وحد القذف فعلى النصف عند مالك، في جميع ذلك، وقيل: بالمساواة، وساقط عنه، واجب على الحر، كالزكاة والحج.

(1) د ابن القاسم، والظاهر انه خطأ.

(2) ي: (فعلين نصف ما على المحصنات من العذاب).

(3) الأصل: للعبد بيع الحرائر، ود للعبد مع الحر، وهو الصواب.

(4) كذا الأصل وفي د والعنه.

فرع

قال اللخمي: واستحسن مالك ان تكون الرجعة للعبد اذا رد السيد نكاحه ثم عتق في العدة.

الشرط الثاني: البلوغ. ففي الكتاب: اذا تزوج صبي يقوى على الجماع بغير اذن أبيه أو وصيه: إن أجازاه وليه جاز، كبيعه وشرائه، وإن فسخه قبل البناء أو بعده فلا صداق، لأن إصابته كلا شيء.

فرع⁽¹⁾

وفي الجواهر: منع سحنون إجازة عقد الصبي مطلقاً، وجعل البلوغ شرطاً في الصحة، لأن الصبي مسلوب الأهلية، والعقد بغير عاقدٍ معتبر لا يصح، وفرق بينه وبين البيع للضرورة العامة.

قواعد. الصبي ينعقد نكاحه دون طلاقه، لأن عقد النكاح سبب اباحة الوطء، وهو اهل للخطاب بالإباحة والندب والكراهة دون الوجوب والتحريم، لأنها التكليف، والطلاق سبب التحريم بإسقاط عصمة الزوج، وهو ليس أهلاً للتحريم، فلم ينعقد سببه في حقه، واشترك السببان في انها خطاب وضع، وانضاف الى احدهما كونه خطاب تكليف، فلا جرم انتفى عنه.

الشرط الثالث: الرشد، قال اللخمي: اذا تزوج السفیه بغير اذن وليه امضاه إن كان سداداً والا رده، فإن رده بعد البناء: ففيما تستحقه الزوجة أربعة اقوال: ربع دينار للمالك، لأنه الواجب لله تعالى. لا يترك لها شيئاً لعبد الملك نظراً لابطال العقد الموجب بالفسخ، ويجتهد في الزيادة على ربع دينار لذات القدر، لابن القاسم نفياً للضرورة، ويزاد ما لا يبلغ صداق المثل، لأصبع. لأنها اصابة خالطها اذن، فإن علمت به فربع دينار فقط،

(1) (فرع) سقط من د.

فإن لم يعلم الولي حتى مات السفية والزوجة: قال ابن القاسم: للولي النظر بعد موتها، إن رد سقط الميراث، والا أخذه ولا ميراث لها بموت الزوج، ولا نظر للوصي بعد موته، وقال أصبغ: إن ماتت وتزويجه غبطة: فلها الصداق والميراث، لأنه تصرف أهل الرشد، والا فلا صداق ولا ميراث، وإن مات الزوج فلها الميراث لتحقيق سببه. وهي الزوجية، وينظر في الصداق، قال صاحب البيان: في السفية إذا اتصل به الموت، ثمانية أقوال: لابن القاسم يتوارثان ويمضي الصداق، بناء على أنه محمول على الإمضاء حتى يرد، وأن النظر يرتفع بموت أحدهما، ولا يبطل النظر بموت أحدهما، ولا يتوارثان،⁽¹⁾ ويبطل الصداق إلا أن يدخل بها، فلها ربع دينار بناء على حمله على الرد حتى يمضي، (وإن النظر يرتفع بموت أحدهما، قاله ابن القاسم أيضاً⁽²⁾)، ويتوارثان مراعاة للخلاف (وإن كان العقد غبطة فلها الصداق دَخل أم لا، وإلاً بطل الصداق إلا أن يدخل فربع دينار، قاله أصبغ ويتوارثان مراعاة للخلاف⁽³⁾) ويبطل الصداق إن كان الميت الزوج، وينظر فيه إن كان الميت المرأة، فإن كان غبطة فلها الصداق، دَخل بها أم لم يدخل والا بطل الصداق إلا أن يدخل فربع دينار بناء على بطلانه بموت الزوج دون المرأة، ويتوارثان مراعاة للخلاف، ويثبت الصداق إن كان الميت الزوج دون المرأة، ويتوارثان، وينظر فيه إن كان المرأة على ما تقدم، بناء على الرد، وارتفاعه بموت المرأة، والثامن: إن كان غبطة ثبت الميراث والصداق والا انتفيا إلا أن يدخل فربع دينار.

قاعدة. السفية لا تنفذ تصرفاته صوناً لماله على مصالحه، (وتنفذ⁽⁴⁾)

(1) ي: ويتوارثان.

(2) ما بين القوسين سقط من ي.

(3) ما بين القوسين سقط من ي.

(4) ما بين القوسين سقط من ي.

وصاياه صوناً لماله على مصالحه)، فلو ردت الوصية لم ينتفع بالمال بعد الموت، فالفسفه معنى واحد اقتضى الرد والتنفيذ، ويسمى جمع الفرق.

الشرط الرابع: الصحة، وأصله: نهي⁽¹⁾ عليه السلام عن إدخال وارث واخراج وارث. وهو جائز في الصحة اتفاقاً، فتعين المرض والمتزوج يدخل فوجب المنع لحق الورثة.

قال اللخمي: نكاح المريض ثلاثة: جائز وممنوع ومختلف فيه، لأن المرض أربعة: غير مخوف فيجوز النكاح، وكذلك المخوف المتطاوّل كالسل والجذام إذا تزوج في أوله، ومخوف اشرف على الموت فيمتنع، ومخوف غير متطاوّل ولم يشرف، فثلاثة أقوال: فاسد ولا ميراث، وهو المشهور، وقاله مالك أيضاً، يجوز إن كان محتاجاً إليه للإصابة والقيام به والا فلا، وإجازته مطلقاً. وفي الجواهر: روي عن مالك: صحة نكاح المرضى كيف كان المرض، وحيث قلنا بالمنع، قال اللخمي: إن عُثِرَ عليه في المرض: قال محمد: يفسخ (وان دخل، وقال ابن كنانة: يفسخ)⁽²⁾ فقط. وقال ابن القصار: الفرقة استحباباً⁽³⁾ لصحته بعد زوال المرض، وفي الكتاب: لا يجوز نكاح مريض ولا مريضة ويفسخ ولو بعد البناء، وإن ماتت المريضة فلها الصداق ولا يتوارثان، وإن دخل المريض فصدّقه في

(1) ومنه قوله (ﷺ) من فر بميراث وارثه قطع الله ميراثه من الجنة يوم القيامة، رواه ابن ماجة في السنن عن انس وهو ضعيف. ومنه حديث ابي هريرة عند ابي داود والترمذي كلاهما في الوصايا مرفوعاً: ان الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة، ثم يحضرهما الموت فيضاران في الوصية فتجب لها النار، ثم قرأ علي ابو هريرة (من بعد وصية يوصي بها او دين غير مضار وصية من الله - الى قوله - وذلك الفوز العظيم) وسنده ضعيف، وله شاهد صحيح، وهو: (الاضرار في الوصية من الكبائر) رواه سعيد بن منصور موقوفاً باسناد صحيح، والنسائي مرفوعاً ورجاله ثقات.

(2) ما بين القوسين سقط من د.

(3) (م) استحباب.

ثلثه،⁽¹⁾ لأنه تصرف في المرض ويقدم على الوصايا والعق، لأنه كالمعاوضة، ولا ترثه لتعلق حق الورثة بالتركة قبلها، وإن صح ثبت النكاح لزوال المانع دخل أم لا، ولها المسمى، وقد كان يقول: يفسخ، ثم امرني بمحوه، وإن فسخ قبل البناء فلا صداق، لأن فرضه غير معتبر شرعاً، والله تعالى لم يوجب إلا نصف الصداق المفروض قبل البناء، ولا ميراث لما تقدم.

نظائر، قال ابن بشر: إن المحوات في الكتاب أربعة: لا يثبت نكاح المريض والمريضة بعد الصحة، وولد الأضحية قال: حسن أن يذبح معها، قال⁽²⁾ أبي: لم أره واجباً، ثم قال: أحبها. واترك⁽³⁾ ذبحه. قال ابن القاسم وأرى عدم الوجوب، والخالف لا يكسو امرأته، ثم افتك لها ثيابها من الرهن، قال: لا يحنث، ومن سرق ولا يمين له أو يمين شلاء، قال: يُقطع رجله اليسرى، ثم أمر بمحوها وقال: بل يده اليسرى، وبالأول قال ابن القاسم، قال ابن يونس: قال في الكتاب أيضاً: إذا بنى بها فلها المسمى وإن زاد على صداق المثل، ولا يقدم عليه في الثلث إلا المدبر في الصحة، وقال أيضاً: يقدم على المدبر في الصحة وليس بشيء لاشتراكهما في أن يخرجها الثلث، وهذا مع المانع بخلاف ذلك، وقال سحنون: إن زاد صداقها على المثل رد إليه عند ابن القاسم، ويقدم على الوصايا والمدبر في الصحة، ويسقط الزائد عنده، وقيل: يحاصُّ به في الوصايا، ومنشأ الخلاف: هل تُورث⁽⁴⁾ فلا يكون لها الزائد لأنها وصية لوارث أولاً، فيكون لها، لأنها وصية لغير وارث.

(1) د ثلاثة، وهو تصحيف.

(2) قال أبي سقطت من ي.

(3) ي: واترك ذبحه حسن، قال ابن القاسم: وأنا أرى...

(4) ي: (ترث).

واختلف في نكاح الأمة والكافرة فجوزه ابو مصعب لعدم الميراث
ومنع عبد الملك لاحتمال العتق والإسلام قبل الموت.

فرع

قال: فلو نكح تفويضاً ثم سمي ثم مات فلا شيء لها إلا أن يدخل
فيكون في ثلثه، ولو كان⁽¹⁾ اضعاف صداق المثل مقدماً على الوصايا،
وقال اصبح: يقدم صداق المثل ويبطل الزائد، لأنه الواجب بالوطء، وقال
الغيرة: صداق المريض⁽²⁾ مطلقاً في رأس المال قياساً⁽³⁾ على جنائته، وقال
الشيخ ابو الحسن: ربع دينار في رأس المال لأنه حق الله تعالى فيخاص به
أرباب الديون، ونظيره: ترك السيد لزوجة العبد المدخول بها ربع دينار.

فرع

قال اللخمي: اذا تزوج باذن ورثته، لا يجوز⁽⁴⁾ لإمكان فوات الإذن
وانتقال الميراث لغيره، قال محمد: ⁽⁵⁾ وهذا نادر وأرى جوازه.

سؤال. ينبغي أن يمنع المريض من الوطء خشية ادخال وارث لظاهر
النهي كالتزويج، ولم يمنع، ⁽⁶⁾ جوابه: المرأة وارث محقق، وقد يكون من
الوطء حل وقد لا يكون.

(1) (م) زاد

(2) ي: المثل، وهو تحريف.

(3) ي: مقدماً، وهو تحريف.

(4) ي: لا يجوز وكان موت الاذن، وهو محرف.

(5) (محمد) سقطت من د.

(6) (ولم يمنع) مكانها يياض في ي

فرع

قال صاحب البيان: إذا غصب المريض امرأة فصداقها من رأس المال قولاً واحداً، لأنها لم تدخل على الحجر بخلاف المختارة.

فرع

قال اللخمي: ويلحق بالمريض والمريضة: الزاحف في الصف، وراكب البحر، والمقرب للقتل، والمحبوس له، قال أبو الطاهر: والمحبوس في هؤلاء قولان، والحامل تمتنع أيضاً إلا أن يكون الحمل من العاقد.

فرع

قال اللخمي: الإقرار بالنكاح في المرض في الصحة (أو في المرض لا يجوز، ولا مهر ولا ميراث، وإن أقرت بمرضها بزواج في الصحة)⁽¹⁾ فصداقها الولي لم يقبل قولها لأنه إقرار على غير الولي، وإن أقرت في الصحة ثم مرضت وماتت وقال الولي: زوجتها منه في صحتها، وادعى ذلك الزوج بعد الموت فله الميراث وعليه الصداق.

الشرط الخامس: الكفاءة، والكفوء لغة: المثل، وأصل اعتبارها: أن المطلوب من النكاح: السكون والود والمحبة لقول الله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ (الروم: 21) ونفس الشريفة ذات المنصب لا تسكن للخسيس، بل ذلك سبب العداوة والفتن والبغضاء والعار، على مر الأعصار

(1) ما بين القوسين ساقط من د.

في الأخلاف والأسلاف، فإن مقارنة الدنيء تَضَع، ومقارَبة العلي ترفع، والقاعدة: أن كل عقد لا يحصل الحكمة التي شرع لأجلها لا يُشرع، والكفاءة متفق عليها بين العلماء، وإنما الخلاف بأي شيء تحصل، فعند (ش): تحصل بخمسة أوصاف: الصلاح في الدين، والحرية، والنسب إليه عليه السلام أو للعلماء، لأنهم ورثته، أو للصحابة⁽¹⁾ لأنهم اتبعوه دون الملوك وشيعتهم، فإنهم لا قَدْر لهم عند الله تعالى لظلمهم، والسلام من العيوب الموجبة للفسخ كالجذام ونحوه، وعدم خوف⁽²⁾ الدنية، ولا عيرة بالجمال ولا اليسار، لحصول المصالح الشرعية في النكاح بدون التساوي فيها.

وعند (ح)⁽³⁾: خمسة أوصاف: الدين، والحرية، والحرفة، والغنا، لما يقال: مال الرجل جيبه، وفي الحديث⁽⁴⁾: (تُنكح المرأة لأربع) فذكر المال، والخامس: النسب، وشَدَّد فيه فقال: لا تكافئ قريشاً غيرها من العرب ولا تكافئ العرب غيرها، واعتبر الكفاءة في بيوت العرب وقال: إذا زوجت نفسها من غير كفؤ فللأولياء التفريق لدفع العار عنهم، وإذا زوج الأب الصغير أو الصغيرة من غير كفؤ نفذ، ووافقه ابن حنبل في الدين والنسب على ما فصله، والغنا والحرفة، ولم يعتبر الحرية، لقوله⁽⁵⁾ عليه السلام لبريرة حين عتقت تحت عبد: (لو راجعتيه).

وأما نحن: فنعتبر فيه خمسة أوصاف:

-
- (1) ي: أو للعلماء.
 - (2) د الحرب الدنية.
 - (3) د: (ش) ولعله خطأ.
 - (4) البخاري في النكاح: باب الأكفاء في الدين، ومسلم في الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، عن أبي هريرة.
 - (5) البخاري في الطلاق، باب خيار الأمة تحت العبد، وغيره من الأبواب، ورواه أبو داود والترمذي عن ابن عباس.

الوصف الأول: الدين، ففي الجواهر: متفق عليه، فإن زوجها لفاسق بجوارحه فلا خلاف منصوص أن العقد لا يصح، كان الولي أباً أو غيره، وللزوجة وَمَنْ قَامَ لها فسخه، قال: وكان بعض الأشياخ يهرب من الفتيا في هذه المسألة، لما يؤدي إليه من نقض أكثر الأنكحة، وأما الفاسق باعتقاده: فقال مالك: لا يُزَوَّج القَدْرِيَّة⁽¹⁾ ولا يزوج اليهم.

الوصف الثاني: الحرية، قال: وظاهر قول ابن القاسم في الكتاب: كفاءة الرقيق، يشير لقوله في (الكتاب): ذات القدر⁽²⁾ إذا رضيت بعبد أو مولى: المسلمين⁽³⁾ بعضهم لبعض اكفاء، وللعبد والمكاتب ان يتزوج ابنة سيده، واستثقله مالك، قال سجنون: الصحيح: عدم كفايته، وقال المغيرة: يُفَسِّخُ لأن للناس منالك عرفت بهم وعرفوا بها ونفياً، للمعرة والضرر، وفي الكتاب: قال غيره: وليس للعبد ومثله إذا دعت اليه وهي ذات قدر يكون الولي عاضلاً برده، واستثقل مالك زواج العبد والمكاتب ابنة سيده، قال صاحب النكت: انما استثقله لأنها قد يرثها فينفسخ النكاح، والفرق بينه وبين تزوج أمة الولد⁽⁴⁾ مع توقع الإرث أن الوطء يَبْقَى له بملك اليمين، قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: إذا تزوج مكاتب حرة فعرفت به بعد سنين وعرفها بنفسه، حلفت وخيرت في البقاء، لأن الأصل عدم العلم، وهو ليس بكفو، ويكون لها المسمى بالمسيس، ولو كانت مكاتبة أو أمة: فليس (لها مقال، لأنه كفاء إلا أن تدعي أنه غرها وأخبرها بالحرية فتزوجته على ذلك فيحلف هو، لأن الأصل عدم)⁽⁵⁾

(1) المراد بهم: نفاة القدر من الجهمية والمعتزلة.

(2) د الأب.

(3) د المسلمون، وهو الصواب.

(4) د الوالد

(5) ما بين القوسين سقط من د.

الاشتراط. فإن نكل حلفت وخيرت، وهذا البحث منه والتنقل يدل على اعتبار الحرية في الكفاءة.

الوصف الثالث: النسب، ففي الكتاب: المولى كفؤ عربية، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ (الحجرات: 13) فإن رضيت بدونها في الحسب، وامتنع الأب أو غيره، زوجها السلطان، وفي الجواهر: وقيل ليس بكفوء، قال عبد الملك: معنى نكاح المولى العربية: إذا كان رغبة في دينه، لقوله⁽¹⁾ عليه السلام: (إذا جاءكم من ترضون دينه وهديه فزوجوه، وإن كان عبداً أسود أجدهم) وإذا لم يكن كذلك فالنكاح مردود قبل البناء وبعده، ويعاقب الناكح والمنكح والشهود.

فائدة: الفرق بين النسب والحسب: أن النسب يرجع الى الآباء والأمهات، والحسب الى المراتب⁽²⁾ والصفات الكريمة، مأخوذ من الحساب، لأن العرب كانت اذا تفاخرت حسبت مآثرها فتقول أضفنا⁽³⁾ بني فلان، وأجرنا بني فلان، وحنلنا⁽⁴⁾، وفعلنا، فسمي ذلك حسباً.

الوصف الرابع: كمال الخلقة، وفي الجواهر: يؤمر الولي باختيار كامل الخلق، لقول عمر رضي الله عنه: لا يزوج الرجل وليته للقبيح الذميم، ولا الشيخ الكبير، فإن كان النقص يضر كالجنون والجذام، أو يؤدي الى نقص الوطاء كالعيوب المثبتة للخيار، أبطل⁽⁵⁾ الله الكفاءة وكان لها رد النكاح، والا فلا.

(1) رواه الترمذي في النكاح، باب في الأكفاء، عن أبي حاتم المزني، وعن أبي هريرة، وليس فيه: وإن كان عبداً الخ ولفظه بتمامه: إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، لا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد، قالوا يا رسول الله: وإن كان فيه؟ قال: إذا جاءكم الخ ثلاث مرات. ولم اجد لفظ المؤلف.

(2) د المناقب.

(3) ي: اصغرا.

(4) د: وحنينا، وفعلنا، وجعلنا.

(5) د بطل الكفاءة.

الوصف الخامس: المال، وفي الجواهر: العجز عن حقوقها يوجب مقالها، وكذلك القدرة على الحقوق، لكنه يؤديها في مالها، وأما غير ذلك فظاهر الكتاب: (1) ليس لها مقال لقوله (2) عليه السلام: (مال الرجل حسبُه) وقيل: لا، لعدم المعرفة، وروي عن ابن القاسم: إذا خالف الولي المرأة في خاطب أمره السلطان (بتزويجها) (3) منه، إن كافأها في القدر والحال والمال، إن رأى منعه عضلا، فإن أبى زوجها منه السلطان قال عبد الملك: على هذا القول اجمع اصحاب مالك.

تنبيه، قال: الكفاءة حقها وحق الأولياء، فإذا اتفقت معهم على تركها جاز، وقاله الأئمة، لتزويجه عليه السلام ابنته علي رضي الله عنه، والفرق بين أبيها وأبيه معلوم، ولا مكافئ له في الثقلين (4)، وتزوج سلمان وبلال وصهيب وغيرهم من الموالي والعجم العربيات العليات، ولم ينكر ذلك عليهم فكان اجماعا، ولم يخالف في ذلك الا الإمامية (5).

فرع

قال في الكتاب: إذا رضي الولي بعبد ومن ليس بكفوٍ فزوجه، ثم طلق فامتنع الولي منه بعد ذلك، لم يسمع منه، ويؤاخذ باعترافه أولا أن زواجه مصلحة، إلا ان يظهر على خلاف ما علمه منه أولا.

(1) (ليس) سقطت من الاصل.

(2) هو بمعناه في جامع الترمذي كتاب التفسير سورة 49، ورواه ابن ماجة في الزهد، واحد في (المسند 15/5) عن سمرة بن جندب بلفظ: الحسب المال، والكرم التقوى صححه شيخنا الألباني في (صحيح الجامع الصغير).

(3) ما بين القوسين سقط من ي.

(4) د التلقين، وهو تصحيف.

(5) د الامية، وكانت في الأصل: الامامة والصواب: ما اثبتنا، والمراد: الشيعة الإثنا عشرية.

تفريع

قال اللخمي: العربي كفوء للشريفة فإنه لا يشينها، أما البربري والمولى فكفوء إن كانت فقيرة، لأن النسب ساقط مع الفقر عادة، وأما الغنية: فإن كانت عادة بلدها عدم المعرة بذلك، وإنما هو من باب الأولى، زوجت، والا فالقول قول الممتنع من الأب أو ابنته، وأما العبد: فمعرة للغنية والفقيرة، فإن اجتمع عليه الأب والابنة ولا عَصبة لها زوجت إن كانت رشيدة بكرًا أو ثيبًا، فإن كانت سفيهةً ولها عَصبة قريبة فلهم منعها دفعاً للمعرة، وينظر في هذا الباب إلى عادة أهل كل بلد فيحملون عليها.

الفصل الثاني: في الولاية، وهي عندنا وعند الائمة شرط إلّا (ح) في الرشيدة محتجاً بقوله تعالى: ﴿أَنْ يَنْكِحَنَّ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ (البقرة: 232) وقوله: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ (البقرة: 230) فاضافه سبحانه إليها دون الولي. وقوله⁽¹⁾ عليه السلام: (الأيم أحق بنفسها) قياساً لبضعها على مالها، والجواب عن الأول والثاني، قد تقدم في عقد المرأة على نفسها، وعن الثالث: انه قد روي: (2) الثيب، فتكون هي المرادة جمعاً بين الروایتين، وهي عندنا لا تجبر، بل لفظة (أحق) بصيغة تفضيل تقتضي المشاركة في اصل الحق. فمنها: الإذن في نفسها. ومنها: العقد، وفعله موقوف على فعلها وهي أتم، وعن الرابع: الفرق بلزوم المعرة على الأبد للولي ولها بوضعها نفسها في غير كفوء بسبب غلبة شهوتها على عقلها،

(1) مسلم في النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، عن عبد الله بن عباس، ورواه مالك في (الموطأ).

(2) لم اجد هذه الرواية باللفظ، وفي معناها رواية ابي داود والنسائي في النكاح من سننهما عن ابن عباس مرفوعاً: ليس للولي مع الثيب أمر، واليتيمة تستأمر.

بخلاف المال، وإذا قلنا باشتراطها، فهل يكفي أي ولي كان أو لا بد من تقديم الولاية الخاصّة على مراتبها على الولاية العامة، قال صاحب⁽¹⁾ المفهم: قولان للملك، ثم هي على المذهب قسمان: خاصة للمقاربة الولاء والملك، وعامة للإسلام، وفيها ثمانية أبحاث.

البحث الأول: في الأسباب المفيدة لها، وهي تسعة: السبب الأول: الأبوة، وهي اعظمها، لأن مزيد شفقة الأب على القرابات يوجب من سداد النظر ما لا يهتدي اليه غيره غالباً، لا جرم اختصاص الإيجاب به بأحد⁽¹⁾ عِلتين: الصغر أو البكارة، فيجبر الصغيرة وإن كانت ثيباً، والبكر وإن كانت بالغاً، وبالإيجاب قال (ش) وابن حنبل خلافاً لـ (ح). وجوز للولي تزويج الصغير والصغيرة كان أباً أو غيره، ولا خيار لهما بعد البلوغ⁽³⁾ إن كان العاقد أباً أو جداً لمزيد شفقتهم، ولهما الخيار بعد البلوغ مع غيرهما، ولا تجبر الثيب البالغ عندنا لعدم العِلتين، وفي البكر المعنسة روايتان، نظراً للبكارة وعدم مباشرة الوطء، أو يقال: طول عمرها يفيدها بالسماع، ما يحصل من الاستمتاع، وفي الجواهر: قال (ابن القاسم):⁽⁴⁾ سنّها أربعون، وروى ابن وهب: ثلاثون، وفي المنتقى: خمسة وأربعون، ونقل غيره: خمسون، وحيث قلنا بالإيجاب، فيستحب الاستئذان جمعاً بين المصالح، وفي المنتقى: لا يلحق الجد بالأب عندنا خلافاً لـ (ش) لأن الأب يحجبه في الميراث فلا يُجبر، قياساً على الأخ.

(1) هو أبو العباس أحمد بن عمر الأنصاري القرطبي المتوفى سنة 656 هـ والكتاب المشار

إليه هو شرحه لمختصره لمسلم. واسمه: (المفهم، لما اشكل من تلخيص كتاب مسلم).

يوجد بعضه مخطوطاً.

(2) د لأحد

(3) ي: بلوغها.

(4) سقطت من د.

تفريع

في الكتاب: ⁽¹⁾ يجوز تزويجه الصغيرة بأقل من مهر المثل على وجه النظر، وإذا طلقت البكر قبل البناء أو مات عنها: فولايته على حالها، ⁽²⁾ فإن بنى بها انتفى الإجماع، وتسكن حيث شاءت إلا أن يُخشى سوء حالها فيمنعها الأب وغيره من الأولياء، والزنا لا يسقط الإجماع خلافاً لـ (ش) لأنه يوجب مزيد الحياء المانع من التصريح بمصالح النكاح، وبخلاف التزويج الحرام للحقوق ⁽³⁾ الولد وسقوط الحد، فأثار التزويج موجودة، وفي المقدمات: إذا زنت أو غصبت قيل: كالبكر مطلقاً، وقيل: كالشيب مطلقاً، وقيل: كالبكر في الاكتفاء بالصمت، وكالشيب في اشتراط الرضا، قال ابن يونس: قال عبد الوهاب: ألزمت في المناظرة إذا تكررت منها الزنا حتى تجاهر به فالتزمت التسوية، وفي الكتاب: إن دخل بها ثم فارقها قبل المسيس سقط الإجماع لمعرفتها بمصالح النكاح بسبب الخلطة إن كان ذلك سنة ونحوها، والقرب ملغى، وإن تنازعا في الوطء نظر إلى قريب المدة وبعيدها، قال ابن يونس: قال ابن حبيب: للأب تزويجها بربع دينار، وصدّاق مثلها ألف دينار، من فقير، وضرير، وعلى ضرة، وغير الكفوء إلا مجنوناً مخوفاً، أو أبرص قبيحاً، أو مجذوماً مقطوعاً، ففي هذه الثلاثة لها المقال، وتسقط ولايته عنها، قال ⁽⁴⁾ مالك: ولو رجعت ثيباً بالنكاح قبل البلوغ ثبت الجبر لعله الصغر عند ابن القاسم خلافاً لـ (ش)، وقال سحنون: يُجبرها وإن حاضت، لأن البلوغ لا يسقط الإجماع بدليل البكر،

(1) يجوز سقطت من ي.

(2) ي: ملها، وهو تصحيف.

(3) ي: بلحق.

(4) د قاله

وروي في الطويل المزيل للإجبار: لا يُحد بسنة بل بالعادة، وفي الجواهر: لا أثر للتسوية⁽¹⁾ بزوال البكارة بالسقطة ونحوها.

فرع

قال: اذا التمسث الثيب البالغ التزويج وجبت الإجابة، وان ثبتت⁽²⁾ الإجبار، ولا يكون الأب عاضلاً يرد خاطبين في ابنته البكر، وغيره عاضلاً برد كفوء، والكفوء الذي تعينه المالكة لأمرها أولى مما عينه الولي.

تفريع

في التلقين: للأب إنكاح صغير الذكور، وكذلك الوصي والحام، وقال اللخمي: وأما الذكران: فللأب إجبار الصغير، وقاله (ح) خلافا لـ (ش) عملاً بما يظن من شفقة الأبوة من تحصيل المصالح، وأختار⁽³⁾ في الكتاب: تزويج الكبير استقلالاً، ومنعه في كتاب محمد، لأن الغالب عليه الرشد إذا بلغ، فتصرفه لنفسه أولى، وقال ايضاً: له ذلك اذا زوجه من ذات شرف، أو ابنة عم، وأجاز ابن القاسم إجبار البالغ السفیه، قال: ومنعه عبد الملك، واستحب مالك عدم تزويج المغلوب على عقله لعدم انتفاعه به.

وللسفيه أربع حالات: إن خشي الفساد وأمن الطلاق وجب الإنكاح، وإن أمن الفساد والطلاق أبيع إلا ان يدعو اليه فيجب،⁽⁴⁾ وإن خشي

(1) للتسوية) مكانها بياض ي.

(2) د: يثبت.

(3) د: واجاز

(4) ي: فيجب.

الطلاق وأمن الفساد حرم لما فيه من تضييع المال، دعي الى ذلك أم لا ،
إلا أن يكون الصداق يسيراً ، وان خشي الفساد وقدر على حفظه فعل ، ولم
يزوج ، وان عَجَزَ زوجه بعد التبرص ، وأما المجنون إن لم يفق⁽¹⁾ لم ينفذ
طلاقه ، وان خشي فساد زوجه ، والا فلا .

فرع

قال صاحب البيان : إذا زوج ابنه الكبير غائباً عنه ذاكراً أنه بأمره
فقدم فأنكر : قال ابن القاسم : يحلف ولا صداق على الأب ، فإن مات قبل
القدوم وعلم رضاء⁽²⁾ ورثته ، ولم يذكر اليمين في المدونة ، قال : وهو
الصواب ، لأن النكول لا يوجب حكماً : ، وقال ربيعة : يلزمه نصف الصداق
وإن لم يضمه ، وقال محمد : لا يلزمه إلا أن يضمه ، والخلاف مبني على أنه
يفسخ بطلاق أم لا ؟ .

فرع

قال : إذا زوجها غير أبيها فيقدم فيعترف بالوكالة : قال أشهب : لا
يصدق الا فيمن لا يزوجه غير الأب لفساد⁽³⁾ العقد في البكر لعدم
الأب .

(1) ي : ان لم بين .

(2) (رضاء) مكانها بياض ي .

(3) د : والفساد العقد ، وهو تحريف .

فرع

قال: اذا مات الأب فادّعت أنها يتيمة عنده ليست ابنته، ولا بينة للزوج بتعيينها، وإنما سمع من الأب أن له ابنة، قال ابن القاسم: لا يلتفت الى قولها، وقال سحنون: بل البينة على من ادعى، واليمين على المنكر.

فرع

قال ابن يونس: قال محمد: اذا اشترط على الصغير شروط فأجازها وليه، أو زوجهُ وليه بها سقطت، لأن ذمته لا تقبل إلا أن يلتزمها بعد البلوغ، قال ابن القاسم: فإن علم بها قبل الدخول (خير⁽¹⁾) في الدخول والفسخ) ودخل، لزمته، لأن ذلك رضاً، وإن علم وكره خیر بينها وبين الطلاق مع نصف الصداق، وقال: إن علم قبل الدخول خير في الدخول أو الفسخ، ويسقط الصداق عنه وعن أبيه إن اختار الفسخ. إلا أن يكون يوم زوجه لآ مال له، قال محمد: وهذا أحب إلينا إلا أن ترضى المرأة بإسقاط الشرط فيثبت النكاح على ما أحب الزوج أو كره، قال محمد: وإن لم يرده الولي حتى كبر مضى.

فرع

قال صاحب البيان: إذا صرح بعدم النفقة من مال السفیه أو اليتيم حتى البلوغ أو الرشد، فسد العقد اتفاقاً، ولو صرح بشبوتها في مالها لجاز اتفاقاً، فإن أهمل فقولان للمالك وأكثر اصحابه، نظراً الى حل تصرف

(1) ما بين القوسين سقط من ي، ولعله مكرر.

العاقل على الصحة حتى يدل الدليل على البطلان، وهو القاعدة المشهورة، أو البيان شرط ولم يوجد. وعلى القول بالفساد إذا⁽¹⁾ دخل: قال ابن القاسم: صح، والنفقة على الزوجة، ولها صداق مثلها⁽²⁾، ولو كان الزوج كبيراً واشترط النفقة على (الزوجة ولها صداق مثلها، وإن كان الزوج كبيراً واشترط النفقة على)⁽³⁾ غيره، قال مالك: يفسخ قبل البناء إلا أن ترضى المرأة بالنفقة على الزوج، ويثبت بعد البناء والنفقة على الزوج.

فرع

في الجلاب: إذا زوجه أبوه ولا مال له فإن⁽⁴⁾ الصداق على الأب ولا ينتقل إلى الابن بئسره، لأن قرينة الإعسار (مع)⁽⁵⁾ مزيد شفقة الأبوة لتقتضي التزام ذلك في ذمة الأب وله مال، فالصداق عليه، ولا ينتقل إلى الأب بئسره، لأن الأصل وجوب العوض على مستوفي المعوض، فإن أيسر الابن عند العقد وأعسر عند الدخول فهو دين عليه، قال الأبهري: فإن امتنعت المرأة من التسليم حينئذ لا يلزمها إلا بعد أخذ الصداق، فإن شرطه الأب على نفسه في الصغير أو السفیه لزمه مطلقاً.

فرع

في الكتاب: إذا بلغ الغلام ذهب حيث شاء لا يمنعه أبوه إلا أن يخاف سفهاً، فإن زوجه وهو غائب أو ابنته الثيب فرضياً بفعله لم يجوز،

(1) ي: وإذا.

(2) ي: وإن كان.

(3) ما بين القوسين حقت من د

(4) ي: فلا صداق. وأحسبه تحريفاً.

(5) (مع) سقطت من ي، ولا بد منها.

لأنها لو ماتا لم يتوارثا، فإن زوجه وهو حاضر ساكت فلما فرغ الأب، قال: لم أرض، صدق مع يمينه، لأن الأصل عدم الرضا، قال ابن يونس: فإن نكل لزمه النكاح، وحكي عن أبي محمد: ان اليمين استظهار، ولا يلزمه بالنكول شيء، وقال غيره: إن نكل طلق عليه، ولزمه نصف الصداق، قال مالك: فإن رضي بالنكاح وهو كبير في عياله وقال: لا أغرم من المهر شيئاً أردته⁽¹⁾ عليك، لا يكون على واحد منها، ويفرق بينهما بعد أيمانها، قال ابن القاسم: إلا ان يكون قد دخل فيراً الأب يحلفه ويغرم الابن وان كان عديماً، إلا ان يكون الابن ممن يلي عليه فيكون على الأب، إلا أن يكون ممن يلي عليه فيكون على الأب إلا أن يكون له مال.

السبب الثاني: في خلافة⁽²⁾ الأبوة، وهو الوصي وهو عندنا كالأب، وقاله ابن حنبل ان عين الزوج، ومنع (ش) و(ح) ولايته في البضع مطلقاً، لأن المعنى الذي أثبت الشرع ولاية القرابة منفي عنه، وهو الشفقة الجليلة. والغيرة الطبيعية، ولأنه لو كان للأب أن يستخلف فيما له من الولاية حال حياته بعد وفاته، لكان له ذلك في الثيب، وليس فليس⁽³⁾، والجواب عن الأول: أن شفقة الأب تمنع من استخلاف من لا يوفي بمقاصد اشفاقه، وإذا حصلت مقاصد الإشفاق فهو كمباشرة المشفق، وعن الثاني: أن الأب⁽⁴⁾ في الثيب كسائر الأولياء في عدم الجبر والتحكم عليها في مصالحها، غايته: أنه مقدم على غيره كتقدمة الأخ على العم، فكما أن تقدمه الأخ لا توجب له نفوذ وصيته، فكذلك الأب في الثيب بخلاف الصغيرة، حقه فيها متمكن بدليل الخبر، فكان الاستخلاف فيه، (فظهر

(1) (أردته) مكانها بياض في ي.

(2) د: خلافة

(3) (فليس) مكانها بياض في ي

(4) ي: الابن، وهو تحريف.

الفرق، ويؤكدده: أنه حق للأب في حياته، فيكون له الاستخلاف فيه⁽¹⁾ بعد وفاته كالمال.

وفي الكتاب: للوصي تزويج البكر البالغ برضاها وإن كره الولي، فإن عقد وليها برضاها لم يجز إلا أن يرضى الوصي، فإن اختلفوا نظر السلطان، ووصي الوصي كالوصي وإن بعد في البكر، وقال يحيى بن سعيد: الوصي أولى من الولي، ويشاور الولي، قال مالك: والوصي في الثيب كالولي لاستقلالها بنفسها، وليس لأحد تزويجها قبل البلوغ إلا الأب دون الوصي وغيره، وللأب والوصي تزويج الصغير، ويوكلا في ذلك بخلاف غيرهما، والمرأة الوصي لا تلي العقد لنقصها عن مرتبة ذلك، لكن توكل رجلا بعد بلوغ الصبية ورضاها، وقبل ذلك فلا، قال اللخمي: الإيجاب للآباء ولمن أقاموه في حياتهم أو بعد وفاتهم إذا عين الأب الزوج، فإن فوضه إليه فله الإيجاب ممن يراه قبل البلوغ وبعده على المعروف من قول مالك، ومنع عبد الوهاب إجباره لاختصاص الأب بمعنى لا يوجد في غيره من مزيد الشفقة، وإذا زوج الوصي صغيرة من غير حاجة فسخ، فإن بلغت قبل النظر قيل: فاسد، وإن رضيت به لوقوعه على خلاف المشروع، ويفرق بينها إلا أن يطول بعد الدخول، (وقيل: جائز يتعلق به حقها، إن اسقطته سقط. وإن ردته بطل إلا أن يطول بعد الدخول)⁽²⁾ أو يدخل بها عالة بالخيار، قال ابن القاسم: ولم يبلغ مالك بها قطع الميراث، وأرى أن يتوارثا لإجازة أكر الناس له، وفي الجواهر: قال عبد الملك: لا يزوج وصي⁽³⁾ إلا أن يكون ولدا إنما هو وكيل في المال، لأن المعنى الذي لأجله اثبت الشرع ولاية القرابة مفقود فيه، وهي الشفقة الجليلة. قال صاحب التلخيص: إن أوصى من غير بيان فلا يزوج الإناث قبل البلوغ ولا بعده

(1) ما بين القوسين سقط من ي.

(2) ما بين القوسين سقط من ي.

(3) ي: وصيا، وهو خطأ.

دون استثمار على المشهور، وله تزويج الذكور قبل البلوغ وبعده دون اذن، كانت الوصية مطلقة أو مفسرة، قال صاحب البيان: قال مالك: اذا قال: فلان وصي فقط، أو وصي على بضع بناتي أبكاراً كن أو ثيباً، فهو بمنزلته في تزويجهن قبل البلوغ وبعده، وإن قال: على مالي، فالقياس انه معزول على⁽¹⁾ الأُبضاع، قال ابن يونس: قال مالك: اذا قال الأب للوصي: زوجها من فلان، أو ممن ترصاه، أو زوجها، فله ذلك قبل البلوغ كالأب، فإن قال: فلان وصي فقط، أو على بضع بناتي، أو على تزويجهن، امتنع قبل البلوغ وقبل رضاها، قال أصبغ: ولو وصاه (بزواج فاسق لم يجز، لأنه ليس للأب حتى ينتقل للوصي، ولو قال: زوجها من فلان بعد مدة)⁽²⁾ وفرض صداق مثلها، فذلك لازم إذا طلبه المعين، ويحكم به ولو كره الوصي، إلا أن يتغير⁽³⁾ حاله من الجودة الى الدناءة فله مقال، وليس لها⁽⁴⁾ مقال، بسبب إنه صار له زوجات أو سراري.

فرع

في الكتاب: للوصي إنكاح إماء اليتامى وعبيدهم على وجه النظر.

فرع

قال ابن يونس: إذا قال: إن مت من مَرَضِي فقد زوجت ابنتي من ابن أخي، قال سحنون: إن قيل: ابن الأخ بالقرب، جاز، ومنعه ابن القاسم، لأنه نكاح الى أجل، كما لو قال: إذا مضت سنة فقد زوجتك

(1) كذا في النسختين، والصواب: عن.

(2) ما بين القوسين سقط من ي.

(3) ي: يتعين، وهو تصحيف.

(4) ي: له.

ابنتي فلانة، وأجازه اشهب، قال صاحب البيان: ولا يجري هذا الخلاف في قول الرجل في جاريته المعتقة: أشهدكم أنني قد تزوجتها على صداق كذا وهي غائبة، ولا يفرق فيه بين القرب والبعد، لأنه نكاح انعقد⁽¹⁾ على خيار من أصله لاتحاد الولي والزوج، كما لو زوج ابنته الثيب الغائبة، وأعلم الزوج بعدم الإذن، بل لا يجوز⁽²⁾ هذا وإن رضيت بعد ذلك، وقد قال ابن القاسم: إن تطاول لا يفسخ، مراعاة للخلاف، فإن مات بعد ولادة الأولاد ورثته عند ابن القاسم، وكذلك لو مات بعد الأيام، بعد يمينها أنها رضيت قبل الموت.

فروع

قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: الذي يكون في حجره اليتيم له مال يزوجه لابنته: إن كان سداداً لليتيم جاز والا فلا، وهو محمول على غير السداد حتى يُعلم السداد، لأنه متهم، قال مالك: لا أحب للوصي أن يزوج يتيمة من نفسه ولا من ابنه.

السبب الثالث: العُصوبة، كالبنوة، والجدودة، والعمومة، واخوة الشقاقة، واخوة الأب، ولا ولاية لذوي الأرحام، وهم أخ الأم، وعم الأم، وجد الأم، وابناء الأخوات، والبنات، والعمات، ونحوهم ممن يدلي بأنثى، لأن الولي⁽³⁾ شرع لحفظ النسب، فلا يدخل فيه الا من يكون من اهله، وخالف (ش) في البنوة، لقوله⁽⁴⁾ عليه السلام: (أيا امرأة نكحت

(1) ي: العقد، وهو تصحيف.

(2) د بل يجوز، وهو تحريف.

(3) د: الولا.

(4) ابو داود في النكاح، باب في الولي، والترمذي في النكاح، باب ما جاء لانكاح الابولي،

عن عائشة، وهو صحيح، وله الفاظ.

نفسها بغير إذن مواليها فنكاحها باطل) وابنها ليس من مواليها، ولأنه يدي بها فلا يزوجها، كتزويجها لنفسها، ولأن أباه لا يلي فلا يلي كالحال وابنه، والجواب عن الأول: أنه روي بغير إذن وليها، وهو وليها، لأن الولاية من الولاء، من قولنا: هذا يلي هذا، وابنها يليها أكثر من غيره، لأنه جزؤها فيكون وليها، وهو المراد في هذه الرواية جمعاً بين الأدلة، وعن الثاني: الفرق بين قوة عقله ونقص عقلها، وعن الثالث: أنه جزء منها فيتعلق به عارها، بخلاف أبيه وابن الخال، ويؤيد قولنا قوله⁽¹⁾ عليه السلام لعمر بن أبي سلمة، قُم فزوج أُمك. وزوج انس بن مالك امه بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد، ولأنه متقدم على العصبات في الميراث فيقدم في النكاح.

تفريع

في الجواهر: لا تعتبر ولاية العصبه الا في البالغة العاقلة الراضية الآذنة بالتصريح ان كانت ثيباً، أو بالسكوت إن كانت بكرأ، واستحب مالك ان يعرف أن اذنها صماتها احتياطاً في أمرها، قال التونسي: يقال لها ثلاث مرات: إن رضيت فاصمتي، وإن كرهت فانطقي، لقوله عليه السلام في مسلم: (2) (الطيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر، واذنها صماتها) وهو يدل على ان الثيب اذنها نطقها بمفهومه.

-
- (1) احد في (المسند 295/6 و314) عن ام سلمة، وضعفه ابن حزم في (المحلي 457/9) لمجهول في سنده، وذكره شيخنا احد بن الصديق في (الهداية، في تخريج احاديث البداية) 385/6 وصحح استاده غافلاً عن المجهول فيه، وهو ابن عمر بن ابي سلمة، وقال الشوكاني في (نيل الاوطار) في النكاح: لا اصل له، يعني بهذا اللفظ.
- (2) في النكاح. باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، عن ابن عباس.

فرع

قال: اذا تقدم العقد على الإذن فأقوال: ثالثها: في الكتاب: ان يعقبه الإذن على قرب جاز والا فلا، (قال عبد الوهاب: والصحيح البطلان مطلقا لفقد الإذن وهو شرط)،⁽¹⁾ قال صاحب البيان: ويكوف الفسخ بطلاق، وهل يتوارتان ان مات أحدهما قبل الفسخ؟ قولان للمالك، والمشهور في رضاها بالقرب: الجواز، وانما جاز هذا الخيار لأنه أدى إليه الحكم دون العقد، فلو اعلم الولي الزوج بعدم الإذن: قال مالك: يبطل العقد لدخولها على الخيار، وقيل:⁽²⁾ يجوز، لأن الحاضر له مندوحة عن الخيار بخلاف الغائب وهو أعذر.

فرع

في البيان: ولا يجوز تزويج اليتيمة المميزة لمصالحها كارهة اتفاقا، فإن زوجت من غير حاجة: فسته أقوال، قال ابن حبيب: يفسخ ولو ولدت الأولاد ورضيت لعدم الشرط، وقال ابن القاسم: لا يفسخ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى﴾ (النساء: 3) معناه: ألا تعدلوا في تزويجهم، وهو دليل جواز العقد عليهم قبل البلوغ، لأن مَنْ بلغ لا يقال له: يتيم، وقال أصبغ: يفسخ بعد الدخول إلا ان يطول وتلد الأولاد بخلاف الولد الواحد والستين، وهل تُخَيَّر إذا بلغت ما لم يطل الأمر بعد الدخول لأنه حق لها؟ وقال مالك: يكره، فإذا وقع لم يفسخ، وقال أصبغ:

(1) ما بين القوسين سقط من ي.

(2) ي: لا يجوز.

إن شارفت⁽¹⁾ الحيض لا يفسخ، وإذا قلنا بالفسخ فطلق الزوج قبله لزمه جميع الصداق بالدخول، والميراث بالموت.

فرع

في الكتاب: إذا أذنت لولي⁽²⁾ فزوجها من رجل ففعل فأقرت بالإذن وأنكرت انه زوجها ثبت النكاح إن ادعاه الزوج، وكذلك الوكيل في بيع سلعة، ولو أذنت له في قبض الصداق والعقد وقبضه فتلف فهو⁽³⁾ كالوكالة على قبض الدين ثم يتنازع في القبض، فإذا أقام الزوج أو الغريم البينة صدق الوكيل في التلف والألّا ضمنا، ولا شيء على الوكيل لتصديقه في الوكالة، وأما الوكيل على البيع يدعي قبض الثمن والضياع: يصدق، لأن الوكالة على البيع وكالة في قبض ثمنه بخلاف الوكالة على عقد النكاح، ولا يلزم الزوج الدفع اليه، فإن فعل ضمن.

فرع

في البيان: إذا أنكرت الرضا والعلم: فثلاثة اقوال: قال ابن القاسم: ان كانت أسبابا ظاهرة كالوليمة ونحوها حلفت انها ما علمت ان تلك الأمور لها، ويبطل النكاح، وإن نكلت لزمها النكاح، والا فلا تحلف، وقيل: لا تحلف مطلقا، لأنها اذا نكلت لا يلزمها النكاح، وقيل: تحلف رجاء الإقرار، فإن حلفت بطل النكاح، وإن نكلت لم يلزمها شيء.

(1) ي: شابهت.

(2) د: لولها.

(3) ي: قبلت مهر، وهو مصحف.

فرع

قال: فإن اذنت لوليها بشروط، وأشهدت عليه فزوجها بدونها: قال ابن القاسم: تخير في الفسخ قبل البناء.

فرع

في الكتاب: اذا قالت لوليها: زوجني ممن أحببت، فزوجها من نفسه أو من غيره، لم يجز حتى يعين له الزوج، ولها الإجازة والرد، لأن رضاها شرط، وهو بالمجهول متعدد،⁽¹⁾ قال ابن القاسم: ولو زوجها من غيره صح، نظراً لعموم اللفظ، أو من نفسه فرضيت جاز، وإن لم يكن لها ولي فزوجها القاضي من نفسه، أو من ابنه جاز، وإن كان لها ولي ولم يكن فعل القاضي ضرراً فلا مَقَالَ لها.

فرع

في الجواهر: البلوغ المعتبر في تزويج العصبية: الحيض، قال ابن حبيب: أو بلوغ ثماني عشرة سنة، وفي الإنبات قولان، قال ابن حبيب: فإن زوجت به ففسخ، قبل البناء وبعده، واختاره محمد.

السبب الرابع: الولاء، لقوله⁽²⁾ عليه السلام: (الولاء لحمه كلحمه

(1) د: متصدق.

(2) رواه الدارمي في (السنن) في كتاب الفرائض بهذا اللفظ، والشافعي رقم 1232 والحام في (المستدرک 341/4) وصححه وتعقبه الذهبي، ورواه البيهقي في (السنن الكبرى 292/10) وله طرق منها عن علي بن ابي طالب بسند صحيح، وصححه شيخنا الألباني في (ارواء الغليل 114/6).

النسب)، وفي الجواهر: المولى الأعلى كالعصابات عند عدمها، فإن كان المعتقد امرأة استحلقت رجلاً، ولا ولاء للأسفل على الأعلى، لأن الولاية سبب تصرف واستيلاء على المولى عليه، ولا يناسب الاستيلاء المنعم عليه، وقيل: له الولاية تسوية بين النسب والولاء، قال أبو عمران: وليس بشيء.

فرع

في الكتاب: من اعتق صغيراً أو صغيرة لم يجز عقده عليها حتى يبلغا، لأن ولاية الإيجاب خاصة بالآباء والملاك.

السبب الخامس: التولية، لقوله⁽¹⁾ عليه السلام: (أئماً امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فإن استجروا فالسلطان ولي من لا ولي له) وفي الجواهر: انما يزوج السلطان البالغة عند عدم الولي أو غيبته أو عضله، ولا يزوج اليتيمة حتى تبلغ، قال الاستاذ أبو بكر: هو الصحيح من المذهب، وقال عبد الوهاب: هو أظهر الروايات، والاي عليه الفتيا على اي وجه كانت، واليه رجع مالك. لما يروى⁽²⁾ عنه عليه السلام: (لا تزوج اليتيمة حتى تبلغ) وروى: أن جملة الأولياء يزوجونها، ولها الخيار إذا بلغت، وروى إن دعتها حاجة وضرورة، ومثلها يوطأ، ولها في النكاح مصلحة جاز، لأن التأخير انما هو حق لها، قال أبو الطاهر: ولا خلاف بين المتأخرين في التي يُخشى عليها الفساد أنها تزوج، وإذا فرغنا على المنع، فروى: يفسخ، وإن بلغت ما لم يدخل، وقيل: ينظر فيه الحاكم، وقيل: الخيار لها بعد البلوغ، ومنشأ الخلاف: تردد الفأثت بين حق الله وحقها.

(1) تقدم تخريجه.

(2) رواه ابن ماجة عن ابن عمر في قصة زواج ابنة عثمان بن مظعون في النكاح، ورواه احمد بمعناه في المسند، ورجاله ثقات كما قال المهشمي في (جمع الزوائد 480/4) وضبط: تبلغ بفتح الباء واللام المشددة، أي تستأمر وتستأذن..

السبب السادس: الملك، لأن الرقيق مال، وللسيد إصلاح ماله بما يراه من تزويج وغيره، رضي الرقيق أو كره، كسائر وجوه التصرف، وفي الجواهر: للسيد إجبار العبد والأمة ولا تخير لها، وقاله (ح) خلافاً لـ (ش) في العبد. لنا: قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾ (النور: 32) وقياساً على الأمة بجامع المالية، وقياساً على الإجارة، قال ابن يونس: قال مالك: وليس له اضرارها بتزويجها ممن يضر بها، وفي الجواهر: يزوج أمته الكافرة ورقيق الطفل الذي تحت نظره بالمصلحة، وأمة المرأة يزوجها وليها.

فرع

في البيان إن زوجها أجنبي⁽¹⁾ وطلقها الزوج قبل العلم فإنه مفسوخ، قال مالك وابن القاسم: ان كان الطلاق ثلاثاً لا تحل له الا بعد زوج، ومثله في المدونة. وفي الجواهر: لا يجبر من بعضه (رقيق لتعدي التصرف الى غير الملك، ولا يجبر مالك بعضه)⁽²⁾ على تزويجه وان منعه ضرراً تغليباً لمصلحة المال، ومن فيه عقد من عقود الحرية: في إجباره اربعة اقوال: ثالثها: التفرقة بين الذكور فيجبروا لقدرتهم على الحل بالطلاق دون الإناث، ورابعها: التفرقة بين من يقدر على انتزاع ماله فيجبر لقوة التصرف، ومن لا فلا، والمنع لمالك وابن القاسم.

(1) (اجني) كذا في د وها ساقطة من ي.

(2) ما بين القوسين سقط من د.

فرع

في الكتاب: كره مالك له تزويج أم ولده، فإن فعل لم يفسخ، لأنه
انما كره لدناءة المرأة، وهو خارج عن العقد، قال صاحب البيان: كان
مالك يقول: له اجبار ام ولده، ثم رجع عنه لقوة الحرية وعدم المالية.

فرع

في البيان: اذا تزوج⁽¹⁾ أمة أم ولده لا يكون ذلك انتزاعاً من أم
الولد بل إصلاحاً لِمَا لها.

فرع

قال ابن يونس: إذا باشرت الأمة العقد بنفسها لم يجز بإجازة السيد
لفساده بعدم الولي، فإن وكلت غيرها فروايتان: البطلان لأن السيد يزوج
بالمالك، وهذا انما زوج بالتوكيل، فلا يقوم أحدهما مقام الآخر. وفي
الكتاب: الجواز ان أجازه السيد، كنكاح العبد بغير اذن سيده، قال
الأبهري في شرح المختصر: وروي عن مالك: (الأمة والعبد)⁽²⁾ سواء في
إجازة السيد اذا باشر العقد كقول (ح).

(1) إذا زوج ام ولده.

(2) سقطت من ي.

فرع

قال: فلو اشترى أمة ممن يعلم أنها ليست له فوطئها حُد ورق ولده لسيدها، بخلاف عقد الأمة على نفسها. وأخبرته بجريتها وهو يعلم كذبها فلا يرق الولد، ويفسخ العقد، وهذا إذا أشهد على إقراره بزواجها، وأما بعد (الاخال)⁽¹⁾ فلا، لأنه يتهم في إرقاق الولد لتسقط القيمة عنه، وقال أشهب: ان كان عديما اتبع ولا قيمة فيمن مات قبل ذلك ولا على الولد الموسر قيمة نفسه وان كَانَ الأب عديما.

فرع

في الكتاب: إذا زوج عبده فالمهر في ذمة العبد لا في رقبته، إلا ان يُشترط على السيد، لأنه ليس جناية. وقال ربيعة: إن خطب له وسمي بعد: فعَلَى السيد لقريئة المباشرة، وان اذن له فقط فعلى العبد، وقال (ش): المهر والنفقة في كسبه، قال مالك: وإذا تزوج عبد أو مكاتب بغير اذن سيده ونفذ المهر وبني: فللسيد انتزاعه، ويترك لها ربع دينار، فإن اعدمت اتبعت به، فإن اعتق العبد أو أدى المكاتب اتبعها إن عراها والا فلا، وان أبطله السيد أو السلطان قبل العتق بطل ولم يلزمه إذا اعتق، وإن لم يعلم السيد حتى اعتق ثبت النكاح، وكل ما لزم (ذمة)⁽²⁾ العبد من صداق أو غيره لا يؤخذ من (خراجه)⁽³⁾ ولا من عمل يده، ولا مما فضل في يده من ذلك لتعلق حق السيد به، بل فيما أفاده من هبة أو صدقة أو وصية، وديون المأذون له فيما في يده من كسبه من التجارة، لأن

(1) مكانها بياض في ي، وكذا هي في د ولم أفهمها.

(2) سقطت من ي.

(3) مكانها بياض في الأصل.

السيد سلط عليه باذنه دون خواجه وعمل يديه وتصرف فيه السيد بدينه .
وفي الجواهر: النفقة لازمة للعبد في ذمته كما تقدم في المهر حرفا
بحرف، واستحب مالك في الكتاب: اشتراطها عليه بأذن سيده .

فرع

في الكتاب: اذا اشترت الحرة زوجها بعد البناء ا تبعت بالمهر، أو قبله
سقط للفسخ، وفي الجواهر: إن اشترته بالمهر الذي ضمنه السيد وظهر من
قصد السيد افساد النكاح لم يصح هذا القصد⁽¹⁾، وإن لم يظهر صح⁽²⁾
وانفسخ النكاح، وبقي ملكا لها إن كان دخل بها والا عاد لسيده، قاله في
الكتاب .

فرع

في البيان: اذا أعتق سيد⁽³⁾ الأمة ولد الزوج رجعت نفقته على أبيه،
لأنه صار حراً، إلا ان يكون الابن⁽⁴⁾ معدماً أو لا أب له، لأن عتق
الصغير لا يسقط النفقة الا الأب الموسر. قال: وكذلك اذا طلقها ليس له
طرح ولدها من حينه حتى يجد له موضعاً، لقوله تعالى: ﴿لَا تَضَارَّ
وَالِدَةَ بَوْلَدِهَا وَلَا مَوْلُودَ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ (البقرة: 233) .

(1) (د) الفعل .

(2) ي: فسخ، وهو تصحيف .

(3) د السيد . وهو لحن .

(4) (د) الأب . وهو تحريف .

فرع

قال صاحب المنتقى: للسيد تزويج أمة العبد من العبد لأنه انتزاع، ولا يجوز لأحد أن يتزوج أمته إلا هذه⁽¹⁾.

فرع

في الكتاب⁽²⁾: إذا اشترت الأمة المأذون لها زوجها فردة سيدها، فهما على الزوجية، وإذا زوج أمته من عبده، ثم وهبها له لقصد فسخ النكاح، وإن يجللها⁽³⁾ لنفسه أو لغيره، لم يجوز، ولا يحرم، وفي النكت: قال بعض شيوخنا: إذا قبل العبد الهبة انفسخ النكاح قصد السيد الفسخ أم لا، ولا حجة إن قال: لم أعلم قصده للفسخ، وإنما يفترق القصد من غيره إذا لم يقبل.

فرع

في الجواهر: من تزوج أمة رجل بغير إذنه لم يجوز، وإن أجازها السيد، ويفسخ وإن ولدت الأولاد، لأنها جناية على مال الغير وولايته. فهو أعظم من التزويج بغير إذن القريب، ولو عتقت قبل العلم فسخ لتمكن الفساد، ولا ينكحها الزوج إلا بعد العدة من مائه الفاسد، وإن لحق به نسب ولدها، وكذلك إن اشتراها في تلك العدة تمييزاً بين الماء الفاسد والصحيح، وكذلك كل وطء فاسد.

(1) (د) إلا هذا.

(2) سقط من (د).

(3) (د) وإن يجعلها.

فرع

قال: ولا تزوج امة أو عبد بين رجلين إلا باذنها نفياً للجناية على حق أحدهما، فإن عقده أحدهما للأمة لم يجز بإجازة الآخر، وإن دخل بها، ويكون المسمى بينهما أن دخل بها، وإن نقص عن صداق المثل أتم للغائب نصف صداق المثل أن طلبه، فإن غرَّ العاقد الزوج بقوله: هي ملكي أو هي حرة، رجع الزوج عليه بما دفعه لشريكه، ويرجع أيضاً عليه بما دفعه إليه إلا نصف ربع دينار. قال ابن يونس: قال ابن حبيب: إذا تزوج بإذن أحدهما فللآخر فسخ نكاحه، ويأخذ من المرأة جميع الصداق، ويكون بيد العبد مع ماله، إلا أن يتفقا على تسميته⁽¹⁾. ولا يترك لها منه ربع دينار إن كانت عاملة، فإذا اقتسما أخذت من الآخر حصته من الصداق، ولو غرها الآخر ولم يعلمها رجعت بمثل الصداق عليه، ولو استهلكته اتبعها غير الآذن بجميعه، واتبعت هي الآذن بمثله، ولها اتباع العبد بجميع ما أخذ منه إلا أن يسقطه غير الآذن، قال: وقوله كله كقول ابن القاسم إلا قوله: لا يترك لها ربع دينار، ففي الكتاب: يترك لها ذلك.

قال صاحب النكت: إذا زوج أحد الشريكين الأمة بغير إذن الآخر فأجاز بعد البناء فله نصف التسمية، نقص على صداق المثل أو زاد، لأن إجازته رضا به، ولا بد من الفسخ، وإن لم يجز فلا ينقص عن نصف صداق المثل، قال بعض القرويين: ويتخير بين أخذ نصف الصداق من الشريك القابض بجملة الصداق أو الزوج، ويرجع الزوج على الشريك المزوج، ولا يترك له ربع دينار، لأن ما أخذ الشريك الآخر فيه ربع دينار، وقال أبو الحسن وغيره: يترك للعاقد نصف ربع دينار، وهذا كله إذا غره وقال: هي ملكي وحدي، أو هي حرة، أما إن أعلمه فلا يرجع

(1) (د): قسمته، وهو تصحيف.

عليه، قال اللخمي: إن أجاز غير الآذن على القُرب⁽¹⁾: فإن علمت المرأة بالشريك لم يرجع على الزوج⁽²⁾ بشيء، ويترك الصداق بيد العبد، وإن اقتسماه رجعت على الحاضر بنصيبه، وإن غرها ولم يعلمها رجعت عليه، فإن أعدم بيع لها بنصيبه من العبد، قال ابو الطاهر: إذا رضي الثاني جرى الفسخ على الخلاف في تزويج الأجنبي الأمة، وهذا أولى، لأن له مدخلا في العقد، وإن فسخ قبل البناء فلا صداق، أو بعده للعاقدة المسمى، وفي الآخر ثلاثة أقواله: المثل، لأنه تفويت⁽³⁾ ففتعين القيمة والمسمى، لتقديم قول الزوج عليه، والأكثر، لأنه يطالبه بالقيمة والفرض، وإذا غرَّ الأول الزوج ففي رجوعه ثلاثة أقوال: بما وزن، أو به إلا ربع دينار، أو بالزائد على المسمى.

فرع

في الكتاب: لا يطلق السيد على عبده إذا عقد باذنه، وفي الجلاب: لا يمنعه الرجعة لاستلزام الإذن الأول تمكين العبد من أحكام النكاح.

تفريع

في الجواهر: لا يبطل استخدام الرقيق بالزواج استبقاءً لحق الملك، وعقد النكاح إنما يتناول إباحة الوطء بالعقد⁽⁴⁾ الأول، ويحرم الاستمتاع على السيد ليلاً تختلط الأنساب. وليس على السيد أن ينزلها⁽⁵⁾ معه بيتاً إلا

(1) (د) على الفور.

(2) (د) الزوج.

(3) (د): بقرية، وهو تحريف.

(4) (د) بالقصد.

(5) (ي): أن يؤويها.

أن يشترطه أو يكون عرفاً، قاله في الكتاب، وحق السيد أكد بدليل رق الولد، وقاله (ح)، وأوجهه (ش) ليلاً، وروى عبد الملك: ترسل إليه ليلة بعد ثلاث، لأنه وقت الضرورة غالباً، ويأتيها في غير ذلك، وللسيد المسافرة بها، ولا يمنع الزوج من الخروج معها، وإن بيعت بموضع لا يصل إليها فله طلبها، وفي لزوم النفقة روايات: ثالثها: أن بوئت معه بيتاً لزمته والا فلا، وقاله (ح). ورابعها: إن باتت عنده وكانت عند أهلها نهراً لزمه، والا فلا، وقال عبد الملك: ينفق عليها زمن تأتية⁽¹⁾ دون غيره، ومنشأ الخلاف: تغليب الملك فيسقط. أو يلاحظ الاستمتاع وهو سبب النفقة في الحرائر، وحيث قلنا في النفقة: يسافر بها السيد سقط كنشوز الحرة.

فرع

قال: ومهر الأمة من جملة مالها ما لم ينتزعه، ولو قتلها أجنبي. أو السيد، أو ماتت لم يسقط لوجود سببه.

فرع

قال: وإذا باعها لم ينفسخ النكاح، لأن البيع ينقل الأعيان على ما هي عليه من نقص وكمال، ويسلم المهر للبائع كمالها إلا أن يشترطه المبتاع، وحيث لم يشترط، فليس للبائع حبسها لتسليم الصداق، لأنه لم يبق له فيها تصرف ولا للمشتري، لأن المهر ليس له، فيستفيد⁽²⁾ الزوج بالبيع سقوط المنع لأجل الصداق.

(1) (ي): يوم.

(2) ي: جيلتفله.

فرع

قال: فلو زوج عبده من أُمته فلا بد من الصداق، لأنه حق لله تعالى فقط.

فرع⁽¹⁾

قال: فلو أعتق أُمته على أن يتزوج بها لم يلزمها الوفاء، أو أعتقت بعدها على ذلك عتق ولم يلزمه.

فرع

في الكتاب: لو زوجها السيد تفويضاً فعرض لها الزوج بعد العتق فهو لها، وللسيد أخذ صداق الأمة الا ربع دينار، لأنه حق الله تعالى.

السبب السابع والثامن: الكفالة، والإلتقاط، قال ابو الطاهر: قيل: لا ولاية لها لعدم القرابة، وقيل: لها، لأن الكفالة والإلتقاط يتضمنان حسن النظر، والخلاف جار في سائر التصرفات هل تقومان مقام الوصي أم لا؟

السبب التاسع: الإسلام، وهي الولاية العامة، لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ (التوبة: 71). وفي الكتاب: اذا وكلت الدنية - كالمعتقة والمسكينة - أجنبيا في بلد ليس فيه سلطان، أو فيه لكن يعسر وصولها إليه، ولا ولي لها، جاز، ومن⁽²⁾ أسلمت على يديه أو أبوها لا يصير بذلك اولى من غيره، وكذلك الكافل في الدنية. ولو وكلت ذات القدر غير وليها فزوجها فرضي الولي تَوَقَّف فيه مالك، وروى ابن وهب: يفرق بينها بطلقة وان دخل بها، إلا ان يجيز الولي أو السلطان ان لم يكن لها ولي، وقال ابن القاسم: إن أجاز الولي بالقرب جاز، وان فسخه بالقرب انفسخ، أما بعد الطول والأولاد فلا إن

(1) فقط (فرع) سقط من (د).

(2) (د): وإن اسلمت.. أو أبيها.

كان صواباً، قاله مالك، وقال غيره: لا يجوز، وإن أجازته الولي، قال اللخمي، فيها خمسة أقوال: الثلاثة المتقدمة، وروي امضاؤه بالعقد، وقال القاضي اسماعيل: الذي يأتي على مذهب مالك أن الدخول فوت، وفي السلمانية: يفسخ ولو ولدت الأولاد.

ولم يختلف المذهب أن ولاية الإسلام صحيحة، وأن للولي منع وليته من الوقوع في المعرة، ومنشأ الخلاف: هل تقديم الولي الخاص على العام حق الله تعالى فلا تُفيد الإجازة، أوله فتفيد إجازته؟ وعلى التقديرين فهل ذلك واجب أو مستحب؟

فرع

فلو وكلت أجنبياً فزوّجها ولها وليان أقرب وأبعد، فأجازته الأبعد ورده الأقرب، رد، بخلاف عقد الأبعد مع وجود الأقرب انه لا يرد⁽¹⁾. لأنه نكاح عقده ولي لها هنا اجنبي، فإن غاب الأقرب وأراد الأبعد فسحّه بعث إليه السلطان وانتظره إن كان الغيبة قريبة، والا فالسلطان يقوم مقامه في الرد والإجازة، وهو أولى من البعيد، لأنه وكيل الغائب. وفي الجواهر: إذا زوج بالولاية العامة مع الخاصة الإجبارية كالأب والسيد فسخ على كل حال، وليس للأب والسيد إجازته لقوة حق ولاية الإيجاب لله تعالى، نظراً للمولى عليه، وروي في السيد الإجازة تغليياً لحقه بسبب المالية، وعنه رواية في الدنية: لا تجوز بالولاية العامة مع الخاصة، فإن لم تكن ولاية خاصة الا ولاية الحكم منع الولاية العامة ولو في الدنية، ليلا تضيق الفروج، وجوزه مرة في البادية إذا كان صواباً، لأنه ليس كل امرأة تصل إلى السلطان، وروي ابن القاسم جوازه في الدنية، وأنكره عبد الملك

(1) (انه لا يرد) ساقطة من (ي).

إلا في العجمية الوغدة تستند إلى الرجل فيصير لها ناظرًا في مصالحها كمولاته، ثم حيث قلنا بالفسخ، فلا عقوبة عليهما قبل الدخول، والفسخ بطلقة بائنة.

فرع

قال اللخمي: إذا طلق الزوج قبل الإجازة وقع الطلاق، ويتوارثان، وينفذ الخلع بالمال، وقال محمد: إن مات ورثته، أو ماتت كان للولي منعه الميراث، وهو يفسخ على القول بأن له الرد وإن كان صوابًا.

البحث الثاني: في موانعها، وهي سبعة،

المانع الأول: اختلاف الدين، لقوله تعالى: ﴿مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ﴾ (الأنفال: 72). وقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾. وقوله: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ (الأنفال: 73) مفهومه: لا يلي أحد الفريقين على الآخر، وقاله الأئمة، وفي الكتاب: لا يعقد النصراني لمسلمة، ويعقد لوليته النصرانية من مسلم إن شاء⁽¹⁾، ولا يعقده وليها المسلم إلا التي ليست من نساء الجزية قد أعتقها مسلم، ولا يعقد المرتد، فإن عقد هو أو نصراني فسخ بعد الدخول، ولها المهر بالميسر، قال ابن يونس: فإن كانت المعتقة من نساء الجزية لا يزوجها مسلم من مسلم، ولا غيره، فإن زوجها من مسلم فسخ نكاحه لعدم الولي، أو من نصراني لم يفسخ لكونه بين نصرانيين فلا يتعرض لهما، قال أصبغ: إذا زوج المسلم النصرانية من مسلم لم أفسخه، لأنه أفضل من النصراني، قال صاحب البيان: إن كانت من اهل الصلح لم يجوز لوليها المسلم تزويجها، والا فله ذلك كان عليها جزية أو لم تكن، قاله مالك، والمنع مطلقا لابن القاسم، والجواز مطلقا إلا أن يكون لها ولي من

(1) (ان شاء) مكانها بياض في (ي).

أهل الصلح فلهم منعه، لأنه حق عندهم، قال ابن كنانة: لا خلاف في المسألة، بل ان كانت الكافرة ذات جزية منع كانت من أهل الصلح أم لا، وإلا زوجها، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: والنصرانية لا ولي⁽¹⁾ لها تولى مسلماً، لا يعقد، وللمسلم تزويج أمته النصرانية من نصراني لأنه من باب تنمية المال، لا من باب معاقدة الأديان، قال في العتبية: ولا يستخلف النصراني من يزوج ولا يطلب رضاه إلا ان يكون وصياً لمسلم (وأجازه الإمام فله استخلاف مسلم، وفي الجواهر: قيل: لا يجوز العقد لمسلم)⁽²⁾ على نصرانية الا من مسلم.

فرع

قال ابن القاسم: إذا تزوج الحرّي ذمية أو الذمي حربية فالولد تبع للأب في العقد وعدمه، لأنها من آثار الدين. والولد تابع لأبيه في الدين، وفي الكتاب: تبع للأم في الرق والحرية، وقال ابن دينار: تبع لذي العقد منها، ولا خلاف أن ولد الحرّ من الأمة رقيق لسيد الأمة.

المانع الثاني: الرق، لأنه فرع الكفر، ولأن الولاية منصب واستيلاء، فلا تثبت مع الرق كالشهادة والمناصب العلية، وقاله (ح) وابن حنبل⁽³⁾، وفي الجواهر: لا يعتبر في القبول لنفسه لأنه لا يتضرر بنفسه، ولا في الوكالة لغيره، لأن سلطانه⁽⁴⁾ الموكّل عليه بخلاف الولاية الأصلية، وفي الكتاب: العبد والمكاتب والمدير والمعتق بعضه يفسخ ما عقده ولو بعد الدخول، ولها المهر بالميسر، فلو كانت الابنة حرة فأراد الأولياء الإجازة

(1) ي: أول لها، وهو تصحيف.

(2) ما بين القوسين سقط من ي.

(3) (د): ابن حبيب.

(4) كذا ويعني: سلطانه، لأنه يحذف بالأصل ألف الحمل. وفي (د) سلطته.

لم يجوز لعدم الولي، والعبد اذا استخلفه حر فليوكل غيره على العقد، وللمكاتب إنكاح إماءه ابتغاء الفضل وان كره السيد، لأنه ينمي⁽¹⁾ ماله، ولغير ابتغاء الفضل بغير إذن السيد، وله رده، ولا يتزوج إلا بإذن سيده، قال ابن يونس: ولا ميراث فيما عقده العبد والمرأة وإن فسخ بطلاق لضعف الاختلاف فيه. قال ابن القاسم: إن جهل العبد فاستخلف على عقد ابنته الحرة فسخ قبل الدخول.

المانع الثالث: ما يقدر في النظر، كالصبا والجنون، وقاله الأئمة، وفي الجواهر: تنتقل الولاية للأبعد، لأن الشرع انما يقر في كل ولاية من يقوم لمصالحها.

المانع الرابع: السفه، ففي الجواهر: قال ابن القاسم: لا يمنع بل يعقد على ابنته باذن وليه، لأن شفقة طبعه لا تحترم بتبذيره⁽²⁾، وقال ابن وهب: يمنع، وتنقل الولاية لوليه، وقال (ش)⁽³⁾: لأن من لا يؤتمن على نفسه أولى أن لا يؤتمن على غيره، وقال أشهب: إذا لم يول عليه وهو ذو رأي. عقد.

تفريع

قال: إن عقد لابنته: قال ابن وهب: لوليه إجازته ورده، فإن لم يكن له ولي مضى عقده ان كان صواباً... وكذلك أخته، قال محمد: قوله صحيح إلا قوله: إن لم يكن عليه ولي فيجوز، بل يبطل من الجميع، غير الصواب، قال اللخمي: إن كان ذا عقل ودين غير أنه غير ممسك لماله جبر ابنته قبل البلوغ، لأن الوجه الذي عجز عنه غير الذي طلب منه،

(1) ي: سمي.

(2) ي: بتديره، وهو تصحيف.

(3) مكانها بياض (د).

وتستحب مطالعة الوصي، وإن نقص تمييزه نظر الولي، ولا يزوج الا بعد البلوغ والاستيذان كاليثيمة، ويعقد الأب إلا أن يعدم العقل. قال صاحب البيان: اذا زوج السفية المولى عليه الذي لا رأي له ابنته البكر أو اخته، أو مولاته، أو أمته فسخ، وقيل: ينظر فيه، فإن كان المولى عليه ذًا رأي فعليه القول بقوله، أو زوج غير المولى عليه الذي لا رأي له ابنته البكر نظر فيه أو اخته مضى إلا أن يكون غير صواب، أو أمته جرى على الخلاف في تصرفه في ماله، ولا يجوز للمولّى عليه الذي لا رأي له نكاح، ولا خلاف أن السفية لا يزوج ابنته البكر قبل البلوغ، واختلف هل لو صيه تزويج بناته الأبكار بعد بلوغهن، وأما إخوانه وعماته ومولاته: فلا يزوجهن، فإن فعل مضى، وقال أصبغ: الأولياء أحق منه وله ذلك، ومنعه سحنون.

المانع الخامس: الفسق، وفي الجواهر: المشهور عدم منعه: وقاله (ش) لأن حميته تمنع إيقاع وليته في الدنيات، وقيل: يمنع، وقاله ابن حنبل، لأنه غير مأمون على نفسه فأولى على غيره.

المانع السادس: غيبة الولي، قال اللخمي: قال في الكتاب: إذا كان بَعِيدَ الغيبة نظر السلطان. وقاله الأئمة تحصيلًا لمصلحة النكاح، وقيل: لا ينظر حتى يقدم الولي حفظًا لحق الولاية، فإن غاب الأقرب وحضر الأبعد قيل: حق الغائب قائم، والسلطان وكيله، بخلاف الميت لعدم قبوله للوكالة، وقيل: ينتقل للحاضر صوتًا لمصلحة⁽¹⁾ الولاية، وإذا غاب الأب عن البكر ولم تدع للزواج، لا تزوج ان كانت في صيانة، وان دَعَت ولم تكن له نفقة، وهي محتاجة، زوجت، (وإن كانت نفقته جارية عليها وهو أسير أو فقير زوجت)⁽²⁾ لتعذر قدومه، فإن علمت حياته وليس أسيرًا:

(1) ي: لمصالح.

(2) ما بين القوسين سقط من ي.

فظاهر الكتاب: تزوج، وقال في كتاب محمد: لا تزوج خشية من النكاح بغير ولي، قال صاحب البيان: إذا كانت غيبة الأب عشرة أيام ونحوها: فلا خلاف في المنع، فإن زوجت فسخ أو بعيدة نحو إفريقيا من مصر فأربعة أقوال: الإمام يزوجه إذا دعت لذلك، وإن كانت نفقته جارية ولم يخف عليها ولا استوطن البلد الذي ذهب إليه، قاله مالك في المدونة. وأخذ من قوله في المدونة من لا يريد المقام بتلك البلدة التي ذهب إليها. لا يزوج السلطان ابنته، القول الثاني والثالث: لا تزوج إلا أن يستوطن العشرين سنة ويأس من رجعه، قاله ابن حبيب، وقال مالك أيضاً: يمنع أبداً إلا إن كان أسيراً أو فقيراً فلا خلاف أن الإمام يزوجه إذا دعت لذلك وإن كانت في نفقته وأمن عليها.

المانع السابع: الإحرام، وهو يسلب عبادة المحرم في النكاح والإنكاح، وقد تقدم تقريره في الحج.

البحث الثالث: في ترتيب الأولياء.

قاعدة: إنما يقدم الشرع في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها، فللقضاء العارف بالفقه وأحوال الخصوم والبيانات، وللحروب: من هو أعلم بمكائدها وسياسة جيوشها، ولا يقدم هذا للقضاء، ولا الأول للحروب، وكذلك سائر الولايات، ورب كامل في ولاية، ناقص في أخرى، كالنساء ناقصات في الحروب. كاملات في الحضنة لمزيد شفقتهم وصبرهن، فيقدمن على الرجال، فكذلك ها هنا إذا اجتمع الأولياء يقدم من وصفه أقرب لإحسان النظر في الولاية، قال اللخمي: النسب مقدم على غيره، وأولي النسب: الابن ثم ابن الابن ثم الأب ثم الأخ ثم ابن الأخ وإن سفل. ثم الجد ثم العم ثم ابن العم وإن سفل. وأسباب التقدم ها هنا هي أسباب التقدم في الموارث، وسوى في الكتاب بين الأخ الشقيق للأب نظراً إلى أن الاعتبار إنما هو جهة الأب، والأمومة والإدلاء بها ساقط في ولاية النكاح، وقد قدم الشقيق في كتاب ابن حبيب، وجعل

الأمومة مرجحة كالميراث، والجواب في أبنائهما، وفي العمين أحدهما شقيق والآخر للأب، وفي أبنائهما كما تقدم، وإذا لم تكن عمومة، فالرجل من العصة، ثم من البطن، ثم من العشيرة، ثم المولى الأعلى، ثم الأسفل، ثم ولاية الإسلام، قال أبو الطاهر: المشهور: تقديم الابن في الثيب على غيره، وقيل: يقدم الولي عليه. وفي (الجواهر): روي عن مالك: الأب ثم الابن نظراً إلى مزيد الشفقة، وقاله ابن حنبل، ووافقنا في بقية الترتيب، وقدم المغيرة: الجد وأباه على الأخ وابنه، كالميراث، وقاله (ش)، وبقية الترتيب عنده كمذهبنا إلا الابن فإنه عنده لا ولاية له البتة.

تمهيد: قدم الأخ⁽¹⁾ على الجد في ثلاثة ابواب: النكاح، والصلاة على الجنازة، وميراث الولاء بخلاف ميراث النسب. وسببه: أن الجد يدلي بالأبوة فيقول: انا أبو أبيه، والأخ يدلي بالبنوة فيقول أنا ابن أبيه، والبنوة مقدمة على الأبوة يحجب الابن الأب عن جملة المال إلى السدس، فهذه العمدة في الأبواب الثلاثة، وأما الميراث: فلأن الجد يسقط فيه الإخوة للأم، ولا يقدر الأخ على ذلك: ويرث مع الابن بخلافه، فيقدم عليه لذلك، وهذان متفيان في الولاء. لأنه تعصيب محض⁽²⁾ فلا مدخل فيه لإخوة الأم حتى يثبت الترجيح بحجتهم، ولا مدخل فيه للفروض فيسقط السدس الذي يرثه مع الابن فيبقى نصف البنوة سالماً عن المعارض فيقدم الأخ.

قال العبدى⁽³⁾: والجّد أقوى من الأخ في ثلاث مسائل: لا يقطع في السرقة كالأب، ولا يحد في الزنا بجارية ولد ولده، وتغلظ الدية عليه في قتل العمد، بخلاف الأخ في الثلاثة، واختلف هل يكون الجد كالأب في الاعتصار؟ منعه في الكتاب، ويحبس في الدين بخلاف الأب، ولا تجب

(1) ي: قدم الجد على الأخ.

(2) ي: عطف وهو تصحيف.

(3) (العبدى) مكانها بياض في ي.

النفقة له، وهو مثل الأخ في العفو عن القصاص، وفي الجواهر: إذا مات المعتق فعصابته، ثم معتقه، ثم عصابة معتقه يترتبون⁽¹⁾ كعصبة لقربة.

قال اللخمي: إذا كان ولي النسب بعيداً جداً: فالمذهب تقديمه على السلطان، وقال عبد الملك: السلطان أولى من الرجل من البطن⁽²⁾، ويستحب للمرأة إذا لم يكن⁽³⁾ لها ولي أن توكل عدلاً. فإن استوى أولياؤها في الدرجة: ففي الكتاب: ينظر السلطان، وقال ابن حبيب: بل أفضلهم، فإن استووا فأسبقهم، فإن استووا عقد الجميع (العقد قال اللخمي: ولو لجميعهم، وإن كان فيهم أفضل كان حسناً، لأن نظر المفضل إلى الفاضل لا يضر)⁽⁴⁾.

البحث الرابع: تزويج الأبعد مع وجود الأقرب، قال في الكتاب: ينفذ في الثيب الراضية بذلك، وإن أنكر والدّها، والبكر البالغ غير ذات الأب والوصي، ولو أنكر الأقرب، إلا أن يكون الأب أوصى بها إلى الشقيق، ولا ينبغي⁽⁵⁾ أن يقدم على الأقرب، ويمضي نكاح ذي الرأي من أهلها مع وجود الأخ والجد، ويزوج مولاته من نفسه ومن غيره برضاها، وإن كره الأبعد، لقول عمر رضي الله عنه: لا تنكح المرأة إلا باذن وليها أو ذي الرأي (من أهلها أو السلطان)، وذو⁽⁶⁾ الرأي من أهلها: الرجل من العشيرة كابن العم أو المولى⁽⁷⁾، وقال ابن نافع: هو الرجل من العصابة. وقال أكثر الرواة: لا يزوج الأبعد مع وجود الأقرب، فإن فعل نظر

(1) ي: يترتبون كعصابة.

(2) (د) من النظر.

(3) (د): أن يكون لها ولي، وهو تحريف.

(4) ما بين القوسين سقط من (د).

(5) ي: ولا ينظر التقدم على الأقرب.

(6) الأصل: وذو الرأي. و(د): أو ذا الرأي.

(7) (د): الموالي.

السلطان، وقال آخرون: للأقرب الرد والإجازة إلا أن يطول. وبذلك قال اللخمي، قال عبد الملك: للأقرب النظر ما لم يبن، ومنشأ الخلاف: هل تقدم الأقرب من باب الأولى أو متعين كقيامه بالدم؟ ولا خلاف أن النكاح صحيح، وإنما الخلاف في تعلق الحق وهل يسقط ذلك الحق بمعارضة اطلاع الزوج على عورتها أم لا، وإن كانت لا قدر لها مضى العقد قولاً واحداً، وفي الكتاب: إذا زوج الأخ بغير إذن الأب لم يجوز وإن أجازته، قال اللخمي: وروي عنه إجازته مطلقاً، وهو مرغوب عنه لتمكن ولاية الأب.

فرع

في الكتاب: إذا أعتق أم ولده⁽¹⁾ وزوجها من نفسه جاز وإن كره⁽²⁾ ولدها.

البحث الخامس: في تولي طرفي⁽³⁾ العقد. وفي الجواهر: ابن العم والمعنق ووكيل المولى والحاكم يعقد لنفسه باذنها، ويتحد الزوج والولي كالبائع والمشتري في اشتراء الأب مال ولده، والوكيل مال موكله، وقال (ح): قال أبو الطاهر: وقيل: لا يجوز، وقاله (ش) وابن حنبل، لأن الإيجاب والقبول مخاطبة بالقول⁽⁴⁾، ويتعذر مخاطبة الإنسان لنفسه، والفرق بينه وبين البيع: تعذر مراجعة الولي للإمام في المحقرات، والجواب عن الأول: أن هذا على أصلكم في اشتراط أعيان الصيغ، ونحن نكتفي بكل صيغة تدل على الرضا بدوام الإباحة، ولا تشترط مخاطبة من الجانبين.

(1) ي: أم ولد الأب.

(2) (د) وإن كره أنكر ولدها.

(3) ي: في تولي لمن في العقد، وفيه تحريف.

(4) ي: بالقبول.

وعن الثاني: أن بيع الولي من نفسه نادر، فإن كانت المشاورة متعذرة ففهما⁽¹⁾. وفي الجواهر: يشهد على رضاها واذنها خوفًا من منازعتها. قال أبو عمرو⁽²⁾: صيغة العقد: قد تزوجتك على صداق كذا فتقول: رضيتُ، أو تسكت إن كانت بكرا.

البحث السادس: في توكيل الولي والزوج، وفي الجواهر: للولي أن يوكل⁽³⁾ في العقد على وليته⁽⁴⁾ بعد تعيين الزوج، وللزوج التوكيل في العقد عنه، ولا يُشترط في الوكيل ما يشترط في الأولياء. بل يصح بالصبي والعبد والنصراني، لأن الوكيل كالخادم للموكل فلا تنافي منصبه الصفات الدنية، ولأنه إنما يوكله بعد الخبرة بحاله وسداد تصرفه، بخلاف لو جعل وليًا أصليًا، وقيل: يشترط فيه ما يشترط في الأولياء صونا للعقد عن غير أهله، ويقول الوكيل: زوجت من فلان، ولا يقول: منه، ويقول الوكيل: قبلت لفلان، ولو قال: قبلت، كفى إذا نوى موكله.

تفريع

في الكتاب: إذا زوجه بغير أمره وضمن الصداق فرده، بطل وسقط الصداق عنهما، فإن وكله في العقد بألف فعقده بألفين وعلم بذلك قبل البناء إن رضي بها، والا فرق بطلقة إلا أن ترضى المرأة بألف، فإن التزم الوكيل الزائد وامتنع الزوج لم يلزم العقد دفعًا للمنة، وإن لم يعلم حتى دخل بها لم يلزم الزوج غير الألف، ولا يلزم الوكيل شيء⁽⁵⁾، لأنها

(1) (د): ففيها والا ففيها. وفيه تصحيف.

(2) (د) قال أبو عمر صيغة.

(3) يوكل مكانها بياض في ي.

(4) د: موليته.

(5) ي: شيئاً، وهو لحن.

صدقته، وإن أقر المأمور بالتعدي (بعد البناء غرم الزائد، والنكاح ثابت، وإن دخل الزوج بعد علمه بالتعدي)⁽¹⁾ لزمه الجميع، علمت المرأة أم لا، لأنه رضي به، وكذلك لو تعدى في شراء الأمة فوطئها عالمًا بالزائد: قال ابن يونس: قال ابن زياد: يضمن الوكيل نصف الصداق في المسألة الأولى، لأنه فسخ بطلاق، وإن طلق الزوج لزمه نصف الصداق، وإذا لم تكن على عقد الوكيل بالألفين بينة تحلف المرأة أن العقد بألفين، ثم يحلف الزوج أنه إنما أمره بألف، وينفسخ النكاح، إلا أن ترضى المرأة بألف، قال ابن القاسم: ويكون الفسخ بطلاق لأنه حلل⁽²⁾ في الصداق، وقال المغيرة: بغير طلاق، وقول مالك محمول على قيام البينة، وإن بنى الزوج قبل علمه حلف على الألف وعدم علمه حتى بنى، فإن نكل غرم، وإن لم تكن له على الألفين بينة حلف الزوج أيضًا، وإن نكل لم يغرم حتى تحلف المرأة على الألفين في العقد، لأن الزوج أمر بهما، ولها تحليف الرسول: أنه أمره بألفين، فإن نكل غرم، قال أصبغ: وله تحليف الرسول. فإن نكل غرم، قال محمد: تحليف الرسول غلط. ولو أقر لم يكن بد من يمين الزوج⁽³⁾، فلما ترك اليمين فقد الزم ذلك نفسه، قال أصبغ: وهذا فيما يشبه أن يكون صداقًا. فإن كان دون صداق المثل وقد بنى حلف وبلغ بها المثل، إلا أن يكون النقص يسيرًا، قال ابن القاسم: فإن أنكر ما أمر به⁽⁴⁾ ثم أقر: فإن كان إنكاره ردًا وفسخًا لم يجزه بعد، قرب أو بعد، والا فله إجازته وإن طال، وإن جهل الحل بطل العقد، وإن قرب الزمان توارثا استحبابًا وثبت حرمة الطهارة⁽⁵⁾ رده أو قبله، قال أصبغ: وذلك كله ما لم يدخل.

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (حلل) مكانها بياض في ي.

(3) ي: الرسول، وهو تحريف.

(4) (د): أمرته.

(5) ي: الظهارة.

فرع

قال صاحب النكت: إذا وكل رجل رجلاً على تزويجه ممن أحب فيزوجه من غير استئذانه: لا يجري فيه الخلاف حيث قالت المرأة لوليها ذلك، والفرق: قدرة الرجل على الطلاق.

فرع

في البيان: قال ابن القاسم: لا يجوز أن يجعل الوكيل جُعلاً للولي. لأنه غرر لاحتمال العزل، ولأنه سلف جر نفع حصول غرض الوكيل.

البحث السابع: فيما يجب على الولي. في الجواهر: يجب على الأخ الإجابة إذا طلبت كفواً، فإن كانا أخوين وجب عليهما، ويسقط ببعد⁽¹⁾ لأحدهما، فإن امتنعا: زوج السلطان بعد أن يأمرهما فيمتنعا نفياً⁽²⁾ للضرر عن وليته، وعلى المجرى تزويج المجبرة إذا خشي فسادها، وكان مصلحة، ولا تجب إجابة الصغير إلى النكاح.

فرع

قال بعض العلماء: إذا خَطَبَ من الولي المجرى إحدى ابنتيه إذا استويا في الصلاح والميل للنكاح يجبر، وفي الصلاح دون الميل قدم أميلهما، فإن زاد ميل الصالحة، وخيف من ميل الطالحة: قال: فيه نظر، وينبغي تقديم الطالحة⁽³⁾

(1) (د): بفعل.

(2) ي: للضرورة.

(3) ي: الصالحة، وهو تحريف.

لما يتوقع من فجورها، والصالحة يزعمها⁽¹⁾ صلاحها. وفي مسلم: ⁽²⁾ قال عليه السلام: (اني لأعطي الرجل وغيره أحب إلي منه، خشية ان يكبه الله في النار على وجهه) وأصل هذا البحث: أن من ولي ولاية النكاح أو غيره لا يجوز له التصرف بالتشهي إجماعاً، بل تجب مراعاة مصلحة المولى عليه حيث كانت.

البحث الثامن: في تزويج الوليين من رجلين، وفي الكتاب: إذا زوجها⁽³⁾ هذا من كفوء وهذا من كفوء بعد توكيلها: فالمعتبر: أولها إن عرف، إلا ان يدخل بها الآخر فهو أحق، لقضاء عمر رضي الله عنه بذلك، وقال الأئمة: الأول أحق بها مطلقاً. لما في أبي داود: ⁽⁴⁾ قال عليه السلام: (أما امرأة زوّجها وليان فهي للأول منهما) وجوابه: حمله على عدم دخول الثاني، ولم يتعرض له الحديث جمعاً بينه وبين ما ذكرناه، وقد روي عن علي والحسن بن علي ومعاوية رضي الله عنهم أجمعين من غير مخالف، فكان إجماعاً، فإن لم يدخل بها وجهل الأول فسخا جميعاً، لتعذر الجمع، وإن قالت: هذا هو الأول، لأن شهادتها غير مقبولة في النكاح، قال اللخمي: قال ابن عبد الحكم: ليست للثاني وإن دخل، لعدم قبول المحل له، ولو عقداً معاً من غير تقديم في مجلس واحد فسخا جميعاً، ولا يعتبر الدخول لعلمهما بالفساد، وفي الجواهر: ان اتحد زمان العقد ترافعا⁽⁵⁾، ولم يشترط العلم ولا اتحاد⁽⁶⁾ المجلس، قال اللخمي: قال محمد:

(1) ي يدعوها.

(2) بعض حديث رواه البخاري في الزكاة وفي الإيمان، ومسلم في الإيمان، باب تألف قلب من يخاف على إيمانه لضعفه، عن سعد بن أبي وقاص.

(3) ي: إذا زوج هذا من كفء بعد توكيله لها.

(4) بعض حديث رواه أبو داود في النكاح، باب إذا انكح الوليان، والترمذي وغيرهما عن سمرة بن جندب، وفي سنده ضعف، وقد حُسن.

(5) ترافعا (محلها بياض ي).

(6) (ولا اتحاد) مكانها بياض ي أيضاً.

إذا علم الأول فطلق أو مات قبل دخول الثاني، ثم دخل الثاني، وكان عقده قبل الموت أو الطلاق، ولم يعلم حتى دخل ثبت وفات النظر، كما لو دخل حالة الحياة، ولا ميراث لها من الأول، ولا عدة عليها، وإن علم قبل الدخول ثم دخل ففسخ، واعتدت من الأول ليتيقن صحته، وكذلك إذا طلق فإنه يفسخ، وترد للأول⁽¹⁾، وإن عقد الثاني بعد موت الأول أو طلاقه فيفسخ في الموت، لأنه نكاح في عدة دون الطلاق، لأنها في غير عدة، قال محمد: (وقال عبد الملك فيما اظنه: إن عقد الثاني بعد الطلاق الثلاث ثبت نكاحه بخلاف الوكيل فيفسخ ما لم يدخل، قال محمد)⁽²⁾ وإن دخل الأخير والأول لم يثبت ولم يطلق فأقر القاضي أو الأب أو الوكيل أنه كان عالمًا بتزويج الأول لم يصدق، إلا ببينة على إقراره قبل العقد الثاني، فيفسخ بغير طلاق، لأن الإقرار على الغير لا يسمع، ولو أقر الثاني بعلمه بتقديم الأول قبل إقراره على نفسه وفسخ، وكان لها الصداق كاملاً من غير طلاق، وقال محمد: بل بطلاق، واعتراف الزوجة إذا لم يدخل واحد منهما فيه خلاف، وفي الجواهر: حيث قلنا بالفسخ⁽³⁾ بطلاق لأنه مختلف فيه، وقال محمد: بل موقوف، إن تزوجها أحدهما لم يلزمه شيء ولزم الآخر لتحل⁽⁴⁾ للزوج، وإن تزوجها غيرها وقع عليها.

فرع

قال: لو ماتت المرأة بعد تعيين المستحق لها منها بدخول أو سبق⁽⁵⁾ ورثها ووجب الصداق عليه، وإن جهل: ففي ثبوت الميراث قولان

(1) (لأول) مكانها بياض في ي .

(2) ما بين القوسين سقط من ي .

(3) د: فبطلاق .

(4) (لتحل) مكانها بياض في ي .

(5) (أو سبق) مكانها بياض .

للمتأخرين نظراً للشك، أو لا بد أن يكون أحدهما زوجاً، ويثبت
الصداق حيث يثبت الميراث، لأنها أثران للعقد فيتلازمان، وحيث
ينبغي⁽¹⁾ يكون عليه ما زاد على قدر الميراث، فإن مات الزوجان أو
أحدهما: فلا ميراث ولا صداق، والفرق: أن كل واحد من ورثة الزوجين
يقول لها: لم يتعين لك عندنا حق، لاحتمال أن يكون الزوج هو الآخر،
ولا ويقوم لها على واحد منها حجة، وتقوم الحجة على ورثتها، فإنها
موروثة قطعاً، وانما التداعي بين الزوجين.

فرع

قال: إذا ادعى كل واحد منهما انه الأول فصدقت أحدهما: ثبت لها
الصداق بإقراره، ولم يثبت لها الميراث، لأنه إقرار على الغير باعتبار
الميراث، ولو شهدت لكل واحد منهما بينة أنه الأول تساقطتا، والمشهور:
لا يرجح هاهنا بمزيد العدالة بخلاف البيع، لأن النكاح لا يثبت بالشاهد
واليمين، وقال سحنون: يقضى بالأعدل، واختاره عبد الحق عملاً
بالرجحان.

فرع

في الكتاب: تحرم على آبائه وابنائهم لأنه وطء شبهة.

نظائر، قال أبو عمر⁽²⁾: ست مسائل يفيتهن الدخول: مسألة الوليين،
وامرأة المفقود تتزوج بعد الأجل المضروب، وقيل: لا سبيل له عليها
مطلقاً، والعامة بالطلاق دون الرجعة، وامرأة المرتد وشك في كفره هل هو

(1) سقطت من ي.

(2) ي: ابن عمران.

إكراه أو اختيار؟ ثم يتبين الإكراه، ومن أسلم على عشرة ثم اختار أربعاً فوجد من ذوات محارم، يختار من البواقي ما لم يدخل بهن أزواجهن، وقيل: لا يفيتهن الدخول، والمطلقة للغيبة ثم يقدم بجته.

وأربع لا يفيتهن الدخول: المنعى لها زوجها ثم تتبين حياته، وقال اسماعيل: هو كالمفقود يفيتها الدخول⁽¹⁾، والمطلقة للنفقة ثم تبين اسقاطها لها، والقائل: عائشة طالق، وله امرأة حاضرة تسمى عائشة (فقال: لم اردھا، ولي اخرى تسمى عائشة)⁽²⁾ بغير هذا البلد فطلقت هذه، ثم تبين صدقه، والأمة تختار نفسها ثم يتبين عتق زوجها قبلها، وقيل: يفيتها، زاد العبدی⁽³⁾ في الست الأول: التي تسلم وزوجها كافر فيفرق بينهما، ثم تبين تقدم اسلامه عليها.

فرع

في الكتاب: من طلق امرأته الأمة فراجعها في سفره فوطئها السيد قبل علمه⁽⁴⁾ بالرجعة، فلا رجعة له، لأنَّ وطئها بالملك كوطئها بالنكاح.

القطب الثاني: المعقود عليها، وهي المرأة الخالية من الموانع الشرعية.

قال صاحب القَبَس: المحرمات أربعون امرأة، أربعة وعشرون مؤبدات⁽⁵⁾، سبع من النسب: الأم، والبنت، والأخت، والعمة، والخالة، وبنتا الأخ والأخت، ومثلهن من الرضاع، وأربع بالصهر: ⁽⁶⁾ أم الزوجة،

(1) في هنا زيادة هي: يفيتها الدخول المنعي لها زوجها. والمعلقة الخ ولعل فيه تكراراً.

(2) ما بين القوسين سقط من (د).

(3) ي: العبادي.

(4) (د) علمها.

(5) ي: مقربات.

(6) ي: من الصهر.

وبنتها، وزوجة الأب، وزوجة الإبن، وثلاثة من الجميع: المرأة مع اختها أو عمتها أو خالتها، فهذه إحدى وعشرون، والملاعة، والمنكوحة في العدة، ونسأؤه عليه السلام، وست عشرة لعوارض: الخامسة، والمزوجة، والمعتدة، والمستبرأة، والحامل، والمبتوتة، والمشركة، والأمة الكافرة، والأمة المسلمة لواجد الطّول، وأمة الابن، والمحرمّة، والمريضة، وذات محرم من زوجها، لا يجوز الجمع بينهما، واليتيمة، والمنكوحة يوم الجمعة عند الزوال، والمنكوحة بعد⁽¹⁾ الركون للغير، زاد في الجواهر: المرتدة، وغير الكتابية وأمة نفسه، أو تكون سيدته أو أم سيده، ووافقنا الأئمة فيما ذكر من النسب والرضاع والصهر، وزاد ابن حنبل: الزانية حتى تتوب لظاهر الآية، فأذكر هذه الموانع مفصلة ان شاء الله.

المانع الأول: النسب، وفي الجواهر: ضابطه: الأصول والفصول، أو فصول أول الأصول، وأول فصل من كل اصل وان علا، فالأصول: الآباء والأمهات وان علوا، والفصول: الأبناء والبنات وان سفلوا، وفصول أول الأصول: الأخوات والإخوة وأولادهم وان سفلوا احترازاً من فصول ثاني الأصول، وثالثها وان علا ذلك، فإن فيهم أولاد الأعمام والعمات والأخوال والخالات. وهن مباحات بقوله تعالى لنبيه صلى الله عليه وسلم: ﴿وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّاتِكَ وَبَنَاتِ خَالَكَ وَبَنَاتِ خَالَاتِكَ﴾ (الأحزاب: 50)، وأول فصل من كل أصل، يندرج فيه أولاد الأجداد والجدات، وهم الأعمام والعمات، والأخوال والخالات، فينضبط المحرم على الرجال والنساء، ودليله قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾ (النساء: 23)، واتفقت الأمة على أن المراد بهذا اللفظ: القريب والبعد من كل نوع، واللفظ صالح له، لقوله تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾ ﴿يَا بَنِي﴾

(1) ي: بغير.

إِسْرَائِيلَ ﴿مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾ (الحج: 38)، ثم قال تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ، وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ، فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ، وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ، وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ (النساء: 23) وقال قبل ذلك: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ يريد في الجاهلية فإنه مغفور، والحليلة لغة: الزوجة، وقوله تعالى: ﴿مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ احترازاً من التي دون الرضاع، فلا تعارض بين النصوص، وحرّم^(١) عليه السلام من الرضاع ما يحرم من النسب.

تنبيه، قال اللخمي: كل أم حرمت بالنسب حرمت أختها، وكل أخت حرمت لا تحرم أختها إذا لم تكن خالة، فقد يتزوج الرجل المرأة ولكل واحد منها ولد، فالولد منها تحل له ابنة المرأة من غير أبيه، وكل عمة حرمت قد لا تحرم أختها، لأنها قد لا تكون أخت أبيه ولا أخت جده.

فرع

في الجواهر: ولد الزنا مُحرم على امه، وابنة الزنا حلال لأبيها عند عبد الملك (و(ش)، لأنها لا ترثه فلا تحرم كالأجنبية، والمشهور: التحريم، قال سحنون: الجواز خطأ صراح، وما علمت من قاله غير عبد الملك، لأنها مخلوقة من مائة، فتحرم عليه لإظهار النص، وقاله (ح).

(١) البخاري في الجهاد، باب ما جاء في بيوت ازواج النبي صلى الله عليه وسلم وما نسب من البيوت إليهم، وفي النكاح، وفي الرضاع. عن عائشة، ورواه مسلم في الرضاع، باب ما يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة.

فرع

قال: المنفية باللعان لا تحل، لأنه لو استحلها للحقته⁽¹⁾ بخلاف ابنة الزنا.

فرع

قال ابن يونس: قال ابن حبيب: لا يجوز نكاح الزانية المجاهرة، لقوله تعالى: ﴿وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ، وَحُرْمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ (النور: 3)، ويستحب مفارقتها إن كانت زوجة، إلا أن يبتلي بجهلها. لقوله⁽²⁾ عليه السلام لما قال له الرجل: إن امرأتي لا تردُّ يدَ لأمسٍ قال: (فارقها، قال: إني أحبها، قال: أمسكها) قاله عليه السلام خشية أن يزني بها، خرجه مسلم. قال: وما علم من ذلك استبرأه بثلاث حيض في الحرة، وحيضة في الأمة، وكره مالك نكاح الزانية من غير تحریم، إما لأن النكاح في الآية المراد به الوطء على وجه الزنا، لأن الأصل في الاستعمال الحقيقة كما روي عن ابن عباس ومجاهد رضي الله عنهما، أو لأنها منسوخة بقوله تعالى ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾ قاله ابن المسيب.

المانع الثاني: الظهارة، وقد تقدمت نصوص تحريمها في النسب.

(1) (د) لحقت.

(2) رواه ابو داود في النكاح، باب النهي عن تزويج من يلد من النساء والنسائي في النكاح باب تزويج الزانية، عن ابن عباس وقد اختلف في هذا الحديث بين مصحح ومضعف، وانظر ما ذكره فيه ابن حجر في (تلخيص الحبير) وابن كثير في التفسير - أول سورة النور. ولم يروه مسلم كما قال المؤلف.

قاعدة، عقوق ذوي المحارم بعضهم لبعض حرام إجماعاً من حث
الجملة.

قاعدة، الوسائل تتبع المقاصد في أحكامها، فوسيلة المحرم محرمة،
وكذلك سائر الأحكام، ووسيلة أقبح من المحرمات أقبح الوسائل، ووسيلة
أفضل الواجبات أفضل⁽¹⁾ الوسائل، ومضارة المرأة بأخرى بجمعها معها في
حال الوطء وسيلة الشحناء في العادة، ومقتضى ذلك: التحريم مطلقاً، وقد
فعل ذلك في شريعة عيسى⁽²⁾ عليه السلام، فلا يتزوج الرجل إلا المرأة
الواحدة تقديمًا لمصلحة النساء، ودفعاً للشحناء، وعكس ذلك في التوراة
فجوز الجمع غير محصور في عدد تغليياً لمصلحة الرجال على مصلحة النساء،
وجمع بين المصلحتين في شريعتنا⁽³⁾ المفضلة على سائر الشرائع بين مصلحة
الرجال، فشرع لهم أربع حرائر مع التسري، ومصالح النساء، فلا تضار
زوجة منهن بأكثر من ثلاث، لما كانت الثلاث مغتفرات⁽⁴⁾ في مواطن
كثيرة اغتفرت هاهنا، فتجوز هجرة المسلم ثلاثاً، والإحداد على غير الزوج
ثلاث، والخيار ثلاث. ونحو ذلك، هذا في الأجنبية، والبعيد من
القربات، وحافظ الشرع على القرابة القريبة وصونها عن العقوق والشحناء،
فلا يجمع بين الأم وأبيها، وهما أعظم القربات حفظاً لبر الأمهات
والبنات، ويلى ذلك: الجمع بين الأختين، ويلى ذلك: الجمع بين المرأة
وخالتها لكونها من جهة الأم، وبرها أكد من الأب، ويليه المرأة وعمتها،
ثم خالة أمها، ثم خالة أبيها، ثم عمة أمها، ثم عمة أبيها. فهذا من باب
تحريم الوسائل، لا من باب تحريم المقاصد، ولما كانت الأم أشد⁽⁵⁾ برا

(1) (د) احسن.

(2) (عيسى) سقطت من (د).

(3) د: شرائعها.

(4) ي: معتقدات... اعتقدت، وهو تصحيف.

(5) ي: شبه وهو تصحيف.

بابنتها من الابنة بأمها، لم يكن العقد عليها كافياً في بغضتها لابنتها اذا عقد عليها لضعف ميلها للزوج بمجرد العقد، وعدم مخالطته، فاشترط في التحريم: اضافة الدخول، وكان ذلك كافياً في بغضة⁽¹⁾ البنت لضعف ودّها، فيحرم العقد ليلاً تعق أمها، وقاله الأئمة، وقال ابن مسعود: يشترط الدخول فيها لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ ثم قال تعالى: ﴿وَرَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ فقله تعالى: ﴿اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ صفة تعقيب الجملتين فتعمها كالاستثناء والشرط وجوابه، إما بمنع عود الاستثناء على الجمل أو تسليمه، ونقول: هو هاهنا متعذر، لأن النساء في الجملة الأولى مخفوض بالإضافة، وفي الثانية مخفوض بحرف الجر، والعامل في الصفة هو العامل في الموصوف على الأصح، فلو كان صفة للجملتين لعمل⁽²⁾ في الصفة الواحدة عاملان، وهو ممتنع كما تقرر في علم النحو.

قاعدة. لما دلت النصوص على تحريم امهات النساء والربائب، حمل على العقد إذ لا يفهم من نساءنا عرفاً الا الحرائر اللاتي لا يستبحن⁽³⁾ الا بالعقد، وألحق الملك بالعقد لاستوائهما في المعنى المتقدم، وألحقت شبهتهما بهما في التحريم، لأنها ألحقت بهما في حقوق الولد وسقوط الحد. غيرهما، واما الزنا المحض: فمطلوب الإعدام، فلو رتب عليه شيء من المقاصد لكان مطلوب الإيجاد، فلا يثبت له اثر في تحريم المصاهرة على غير المشهور، وهو مذهب (الموطأ)⁽⁴⁾ ولاحظ في الكتاب: كونه يوجب نسبة واختصاصاً، وربما أوجب ميلاً شديداً⁽⁵⁾ فأفتى بالتحريم وبالعقد حتى قال:

(1) بعضه لضعف ردها، وهو مصحف.

(2) ي: لكان.

(3) ي: يستبخر.

(4) ما بين القوسين وكلمة اخرى مثلها بعدها، مكانها بياض في ي.

(5) (د) فأتى.

إذا التذ بها حراماً⁽¹⁾ كان كالوطء قاله في الكتاب، وقاله (ح) وابن حنبل، ووافق الأئمة في العقد والملك والشبهة، ووافق (ح) في الملامسة بلذة، والنظر إلى الفرج⁽²⁾ إلا أن ينزل لعدم إفضائه إلى الوطء، وهو إنما حرم تحريم الوسائل، والوسيلة إذا لم تفص⁽³⁾ إلى المقصد سقط اعتبارها، ومنع (ش) التحريم باللامسة للذة، والنظر مطلقاً، واثبتناه بها مطلقاً، وقال أبو الطاهر: اللمس للذة (من البالغ ينشر حرمة الطهارة، ومن غير البالغ قولان، وبغير لذة لا ينشر مطلقاً، ونظر البالغ للذة)⁽⁴⁾ المشهور: نشره، لأنه أحد الحواس. والشاذ لا ينشر، لأن النظر إلى الوجه لا يحرم اتفاقاً، وإنما الخلاف في باطن الجسد، واكتفي في تحريم زوجات الآباء والأبناء بالعقد، لأن أنفات الرجال وحياتهم تنهض بالغضب والبغض بمجرد نسبة المرأة إليهم بذلك، فيختل نظام ود الآباء للأبناء والأبناء للآباء، وهو سباج عظيم عند الشرع جعل خرقه من الكبائر.

فرع

قال ابن القاسم: إذا تزوج امرأة فلم يدخل بها فهات فتقبلها وهي ميتة حرمت ابنتها، لأنه التذ بها وهي زوجة يجوز له غسلها، وعلى القول بمنع غسلها لا تحرم، قال: والقياس: عدم الحرمة، لأن وطئها لا يوجب إحصاناً، ويجوز له الجمع بينها وبين اختها حينئذ والخامسة.

سؤال، المشهور في تحليل الزوجة بعد الطلاق الثلاث: اشتراط الوطء

(1) احتراماً.

(2) كذا في النسختين.

(3) ي: إذا لم ترض، وهو تصحيف.

(4) ما بين القوسين سقط من ي.

في⁽¹⁾ الحلال، وحمل آية التحليل عليه، لأن القاعدة: ان كل متكلم له عرف يحمل لفظه على عرفه، فحمل النكاح فيها على النكاح الشرعي، وخولفت هذه القاعدة في قوله تعالى في أمهات الربائب: (إن كنتم⁽²⁾ دخلتم بهن) فاعتبر مالك مطلق الوطء حلالا أو حراما، وهو خلاف القاعدة، (جوابه): انه احتياط في الموضعين، فخولفت القاعدة لمعارضة الاحتياط.

تفريع، في الجواهر: تحرم بالعقد الصحيح: أمهات الزوجة من النسب والرضاع، وامرأة الابن، والحفدة، والأب، والجد من النسب والرضاع.

وقال ابن القاسم في الكتاب: كل نكاح مختلف فيه لم ينص الكتاب ولا السنة على تحريمه فهو كالصحيح، وقال ايضا: اذا تزوج امرأة في عدتها ففرق بينهما قبل البناء (جاز لابنه تزويجها. قال مالك: العقد الفاسد ان كان يفسخ قبل البناء)⁽³⁾ ويثبت بعده كالشغار الذي يسمى مهره، والعقد بالصدوق المجهول، أو إلى أجل غير مسمى، أو إلى موت أو فراق، والعقد بالخمر والخنزير يحرمها على ابنه وأبيه وان كان محرما في الكتاب والسنة كالخامسة، والنكاح في العدة، والأخت على الأخت وعلى العمة بنسب أو رضاع، أو للتحليل أو غير⁽⁴⁾ مهر فلا يحرم، ولا تحرم بنات الزوجة الا بالوطء مقدماته، كالقبلة والمباشرة للذة، والنظر لباطن الجسد بشهوة على المشهور، وقيل: لا يحرم ذلك، ولا يشترط كونهن في حجره، لأن قوله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم﴾ خرج مخرج الغالب فلا يكون له مفهوم اجماعا حينئذ، وفي الكتاب: اذا زنا بأمرأته

(1) (د) الوطء الحلال.

(2) كذا في النسختين، وليس لفظ الآية كذلك، وهي على الصواب: (وامهات نسائكم

وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن) وقد تقدمت آنفا.

(3) ما بين القوسين سقط من ي.

(4) ي: او عقد شيء.

يفارقها، وفي الموطأ: لا يفارقها، وعليه جميع أصحابه، وفي حل المفارقة المذكورة على الوجوب أو الندب قولان، فإن انفردت الشبهة عن العقد والملك: قال أبو عمران: لا يختلف أصحابنا في التحريم الا قول سحنون: إذا مد يده إلى امرأته ليلاً فوقع على ابنته منها فوطئها غلطاً: أن ذلك لا يحرم، وإذا فرعنا على قول الأصحاب فاختلفوا إذا حاول وطئ امرأته فوقع يده على ابنته فالتذ بها هل تحرم الأم، وعليه الأكثرون ام لا تحرم؟ لأن الملموسة ليست ربيبة فيتناولها تحريم الرائب، ولا من أمهات نسائه، لأن ابنته لا تكون من نسائه، وقاله سحنون في الوطء نفسه، وإذا فرعنا على الأول: فجمهور قائله: ان مقتضى المذهب: التحريم قولاً واحداً، ولا يتخرج على روايتي التحريم بالزنا. قال ضعفاؤهم: بل يتخرج، وجهورهم على مفارقة الأم وجوباً، وقال أبو عمران وأبو الحسن: استحباباً، قال اللخمي: على القول بتحريم الأم إذا غلط بابنته منها: تحرم بنت الخالة إذا غلط بجده، لأنها من أمهات نسائه، وعلى القول الآخر: لا تحرم.

فرع

فلو وطئ امرأة مكرهاً: قال اللخمي^(١): يتخرج إيجابه للحرمة على الخلاف في الحد، فإن قلنا: يخرج على روايتي الزنا والا فهو كوطئ الغلط.

تفريع

في الكتاب: الجدات كالأمهات. وبنات الأبناء كالبنيات، كما اندرجن في تحريم النسب، وإذا تزوجها في عدتها فلم يبن بها حتى تزوج أمها أو

(١) (د): المازري.

اختها أقام مع الثانية، لأن عقد الأولى غير منعقد، وهي تحل لأبائه وأبنائه ما لم يلتد بها، وكذلك لو عقد على ذات محرم أو رضاع وزَّنى يامراً أو التَّدَّ منها حرمت عليه امها وابنتها، وتحرم على آبائه وأبنائه، وإن كانت في عصمة أحدهما، وإذا تزوج امرأة وابنتها في عقد واحد: لا يثبت نكاح البنت كصفقة جمعت حلالاً وحراماً، وليس له حبس أحداها، ويفسخ العقد، وله تزوج أيتها شاء إن كان لم يبن بها، وقيل: تحرم الأم للشبهة في البنت، وإن بنى بها حرمت عليه للأبد، وإن بنى بأحدهما فسخ العقد، وخطب التي بنى بها بعد الاستبراء أمّا كانت أو بنتاً، وحرمت الأخرى ابداً، وإن تزوج امرأة فلم يبن بها حتى تزوج ابنتها وهو لا يعلم حتى دخل بالابنة، فارقهما جميعاً ولا صداق للأم، لأنه فسخ مجبور عليه قبل الدخول كالرضاع، ويتزوج الابنة بعد ذلك واستبراء⁽¹⁾ ثلاث حيض أو وضع حل، تفريقاً بين الماء الحلال والحرام. لأن العقد عليها مع وجود الأم في العصمة لا يحل، وتحرم الأم للأبد، لأنها من أمهات نسائه، وإن عقد على الأم أخيراً وهو لا يعلم فبنى بها أو بالأم⁽²⁾ حرمت للأبد، أما الأم: فللعقد على البنت، وأما البنت: فللدخول مع العقد في الأم، ولا صداق للابنة إن لم يبن بها لما تقدم، وإن كان الفسخ من قبله لكنه لم يتعمده، وإن لم يبن بالآخرة ثبتت الأولى. أمّا كانت أو بنتاً بنى بها أم لا، وتفسخ الثانية، قال ابن يونس: قال مالك: إذا تزوج الأم بعد البنت، أو البنت بعدها، فوطئ الثانية وحدها: فسخ نكاحها بغير طلاق، وللأولى نصف الصداق، قال أبو عمران: ولو تزوج الأم بعد البنت عالماً بالتحريم ودخل بها فعليه نصف صداق البنت، لأنه قصد إبطال عصمتها.

(1) ي: واستبرأ ثلاثاً، أو وضع...

(2) كذا في النسختين ولعل الصواب: وإن عقد على البنت... أو على الأم وهو لا يعلم فبنى بها وبالبنت. فتأمل.

قال صاحب المقدمات: اذا تزوج الأم والبنت واحدة بعد واحدة⁽¹⁾ فله ست حالات: الحالة الأولى: أن يعقد عليهما قبل البناء فيفرق بينه وبين الثانية، ويبقى مع الأولى ان كانت البنت بلا خلاف أو الأم بخلاف، وان جهل السبق⁽²⁾ فارقهما، وله زواج البنت، وتكون عنده على تطليقتين، ولكل واحدة نصف صداقها، وقيل: ربه، قال: والقياس: ربع أول⁽³⁾ الصداقين، وذلك ان لم تدع كل واحدة منهما أنها الأولى، ولا ادعت عليه معرفة ذلك، فإن جرى ذلك وحلفت⁽⁴⁾ كل واحدة منهما: كان لها نصف الأكثر من الصداقين يقتسمانه بينهما على قدر صداقيهما، وان نكلتا بعد حلفه كان لهما نصف اقل الصداقين يقتسمانه على ما تقدم، وان نكلت احداهما فللحالفة نصف صداقها، فإن نكل هو وحلفتا: فلكل واحدة نصف صداقها، فإن نكلت احداهما بعد نكوله: فلا شيء لها، وللحالفة نصف صداقها، وان نكلت بعد نكوله: فلها أقل الصداقين⁽⁵⁾ لا بقدر صداقيهما، وإن أقر لأحداهما أنها الأولى حلفت على ذلك ولها نصف صداقها، وليس للثانية شيء، فان نكل وحلفت غرم لكل واحدة نصف صداقها.

فرع

قال: إن مات ولم تعلم الأولى: فالميراث بينهما بعد أيمانها، وتعتد كل واحدة منهما عدة الوفاة.

الحالة الثانية: الدخول بها فيفارقهما، ولكل واحدة نصف صداقها

(1) (بعد واحدة) سقطت من (د).

(2) (السبق) سقطت من ي.

(3) (د) أقل.

(4) (د) وحلف وحلفت، وهو الصواب.

(5) (د): بقدر.

بالمسيس، وعليهما الاستبراء بثلاث حيض، وحرمتا للأبد، ولا ميراث.
الحالة الثالثة: أن يدخل بالأولى فتقر⁽¹⁾ معها إن كانت البنت اتفاقاً،
أو الأم على الخلاف، وتحرم الثانية ابداً⁽²⁾.

الحالة الرابعة: الدخول بالثانية، يفارقهما، وللمدخل بها: صداقها،
وتحل له بعد الإستبراء بثلاث حيض إن كانت البنت، أو الأم حرمتا
ابداً، ولا يرثانه إن مات.

الحالة الخامسة: دخوله بواحدة لا يعلم سبقها، فإن كانت الأم حرمتا
أبداً، وإن كانت الابنة فراقها، وله زواجها، وعليها في العدة أقصى
الأجلين، ولها جميع صداقها، قال ابن حبيب: ونصف الميراث، وقال محمد:
لا شيء لها، قال: وهو الصواب، ولا عدة على غير المدخول بها ولا
صداق ولا ميراث.

الحالة السادسة: دخوله بواحدة غير معلومة: حرمتا ابداً. والقول قوله
في تعيينها، فيعطيها صداقها، ولا شيء للأخرى، فإن نكل: حلفت كل
واحدة منهما أنها هي المدخول بها واستحقت جملة صادقها، فإن نكلت
أحدهما: فلا شيء لها.

فرع

قال: إن مات فلكل واحدة نصف صداقها عند سحنون، قال:
والقياس: أقل الصداقين على قدر صداقها بعد أيمانها، وتعتد أقصى
الأجلين، وبينهما⁽³⁾ نصف الميراث على مذهب ابن حبيب، ولا ميراث لها

(1) كذا ي وفي د فيقر معها ؟ بدون نقط ؟ ولعلها : يفارقها .

(2) (ابدا) سقطت من (د) .

(3) ي: وبينها الميراث .

عند محمد وهو الصحيح، لأن المدخول بها إن كانت الآخرة: لم يرثا، ولا ميراث مع الشك.

فرع

في الجواهر: يجوز جمعها في الملك للخدمة، أو إحداها للخدمة والأخرى للوطء وأيهما وطئ حُرمت الأخرى ابداً. وإن جمعها في الوطء بالملك في أحدهما والعقد في الأخرى: فإن وطئها أو أحدهما: فكما تقدم في المملوكتين، والا فالملوكة محرمة الجمع خاصة، ما لم يدخل بالزوجة، أو تكون البنت فيتأبد التحريم.

فرع

قال اللخمي: وتحرم امرأة الجد للأم والجد للأب لاندراجهما⁽¹⁾ في لفظ الآباء كما تندرج جدات امرأته وجدات أمها من قبل أمها وأبيها في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتِ نِسَائِكُمْ﴾ وبنت بنت الزوجة وبنت ابنها وكل من نسب إليها بالبنوة وإن سفل، في قوله تعالى: ﴿وَرِبَائِيكُمْ﴾.

تنبيه، اعلم أن هذه الإندراجات ليست بمقتضى الوضع اللغوي، ولذلك صرح الكتاب العزيز بالثلث للأم، ولم يعطه⁽²⁾ الصحابة رضي الله عنهم للجددة بل حَرَمُوها حتى روي لهم الحديث في السدس، وصرح بالنصف للبنت، وللبنتين بالثلثين على التسوية، وورثت بنت الابن⁽³⁾ مع بنت السدس بالسنة، وابن الابن كالابن⁽⁴⁾ في الحجب، والجد ليس كالأب، والإخوة تحجب الأم.

(1) ي: لأنه راجعها، وهو تصحيف.

(2) ي: ولم يعطها. و(د) ولم يعطف. وهذا تصحيف.

(3) ي: بنت البنت مع البنت.

(4) (كالابن) سقطت من (د).

وبنوهم⁽¹⁾ لا يحبون، فعلمنا ان لفظ الأب حقيقة في الأب القريب، مجاز في آبائه، ولفظ الابن حقيقة في القريب، مجاز في أبنائه إن دل اجماع على اعتبار المجاز والا ألغى، وان هذه الإندراجات في تحريم المصاهرة بالإجماع لا بالنص، وان الاستدلال بنفس اللفظ متعذر، لأن الأصل عدم المجاز والإقتصار على الحقيقة.

فرع

قال⁽²⁾: اذا تزوج الابن امرأة فقال الأب: كنت تزوجتها، فإن فارقها لزمه نصف الصداق، وتحلف المرأة ان كان الأب ثقة. والا فلا، وإن شهد عدل مع الأب وهو عدل: حكم بالفراق، قال: وفي الصداق نظر، لأجل شهادة الأب.

فرع

قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: اذا زوج امرأته من غلامه فولدت جارية لا تحل الجارية لابنه، وروى ابن دينار: الجواز، قال: وهو الصحيح لعدم الحرمة بينها، واتفقوا على حل⁽³⁾ ما ولدت امرأة ابنه قبل أبيه، وفيما ولدته بعده ثلاثة اقوال: الجواز لمالك والجمهور، والمنع لابن القاسم، والكراهة لابن حبيب، قال: والذي تخيل في المنع: بقاء ابن⁽⁴⁾ من

(1) ي: وبنوهم.

(2) (قال) سقطت من (د).

(3) (حل) سقطت من ي.

(4) (د) محل.

(5) (د): هالين. ويمكن أن تقرأ: بقاء لَين.

الأول بعد وطء الثاني، وإن الولد من الأول، حاضت عليه ثم انتعش بيماء الثاني.

المانع الثالث: الرضاع.

ويقال: الرضاع بفتح الراء وبكسرهما والرضاعة، وقد تقدم مستنده، ويتعلق الفقه فيه بالمرضعة، والمرضع، واللبن المرضع، واثباته⁽¹⁾، ومن يحرم به، فهذه خمسة فصول.

الفصل الأول: في المرضعة.

وفي الجواهر: هي المرأة دون الرجل والبهيمة، وقاله (ش) و(ح) وروي عن مالك: كراهة نكاح من أرضعه الرجال، قال اللخمي: قال ابن اللبان: تقع الحرمة به، لأن الحرمة إذا وقعت باللبن عن وطئه قبلته⁽²⁾ أولى، ويحمل قوله تعالى: ﴿وَأُمّهَاتِكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ على الغالب، وفي الجواهر: ويحرم ارتضاع الميتة وفحله أب لأنه يغذي، وفي مسلم⁽³⁾: قال عليه السلام: (الرضاعة من المجاعة) وقيل: لا يحرم، ولا تحل له لشبهها بالبهيمة، بل بالجماد، ويحرم لبن البكر، والآيسة، وغير الموطوءة، والصبية، وقاله (ح) خلافاً لـ (ش) لأن لبنها يغذي وقاله في الكتاب. وقيل: ما لم تنقص الصبية عن سن من توطأ.

فرع

في الكتاب: تجبر ذات الزوج على رضاع ولدها إلا أن يكون لا يرضع مثلها لشرفها لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ

(1) واثباته) مكانها بياض في ي.

(2) قبلته) مكانها بياض في ي.

(3) في الرضاع، باب انما الرضاعة من المجاعة، عن عائشة، وهو في البخاري في النكاح.

كَامِلَيْنِ» (البقرة: 133)، ولأنها دخلت على ذلك عرفاً فيلزمها شرعاً، فإن مات الأب والصبي: قال: فلها الاستئجارُ من ماله على إرضاعه إلا أن لا يقبل غيرها فتجبر بالأجرة من ماله، وإن لم يكن له مال: لزمها إرضاعه، قال ابن يونس: يريد: وإن قبل غيرها، بخلاف النفقة، لأن أصل⁽¹⁾ الإرضاع واجب عليها، وقال عبد الوهاب: لا يلزمها إلا أن لا يقبل غيرها، لأن الأصل: عدمُ تعلق حقه بها، قال مالك: وإذا لم يكن للأم لبن أو لها وليس له مال فعليها إرضاعه للآية، وتأخير⁽²⁾ه عليه السلام الغامدية حتى إذا أرضعت ولدها حينئذٍ رجها. فدل ذلك على تعيينها له. وفي الكتاب: على الرجعية: الإرضاع كالزوجة، فإذا انقضت العدة أو كانت بائناً: فعلى الأب أجر الرضاع، فإن اختلفا في مقدار الأجرة: فالأم أحق بما يرضى به غيرها، وليس للأب التفرقة بينهما، فإن أبت فلا حق لها إلا أن لا يقبل الولد غيرها فتجبر عليه، قال ابن يونس: يريد: الأم أحق بأجرة المثل لا بما زاد، سواء وجد من يرضع غير الأم أم لا، ولو كان الأب معدماً فَوَجَدَ من يرضعه باطلاً⁽³⁾: قيل للأم: إما أن ترضعه باطلاً أو تسلمه، وكذلك إن كان الأب لا يقدر على أجرة المثل، ووجد من يرضعه بدونها، وإن كان موسراً أو وجد من يرضعه باطلاً: فليس ذلك له، وروى عنه أنها لا تأخذه إلا بما وجد، قال: والأول أحسن، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ (الطلاق: 6).

(1) ي: لأن الأصل الإرضاع. وهو لحن.

(2) رواه مالك في (الموطأ) في الحدود. باب ما جاء في الرجم. عن ابن أبي مليكة مرسلاً،

ووصله مسلم في الحدود، وغيره.

(3) يعني: مجاناً، وما زال هذا التعبير مستعملاً في دارجة المغرب.

فرع

قال صاحب البيان: اذا طلقها ليس لها طرح ولدها من حينه ، حتى يجد مرضعاً، لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ (البقرة: 135).

فرع

قال: إذا اقدم الأب أجرة رضاع سنة ثم مات: رجع ما بقي للورثة. وقال مالك: ذاك عطية الابن⁽¹⁾ استحقتها بالحوز.

الفصل الثاني: الموضع. في الكتاب: لا يُحرم الرضاع بعد الحولين الا بنحو الشهرين، لأنه في حكم الحولين، وقاله (ش). وقال (ح): ثلاثون شهراً، لنا، ظاهر الآية المتقدمة، ولأنه من الحاجة غالباً، وفي الترمذي:⁽²⁾ قال عليه السلام: (لا يُحرم من الرضاع الا ما فَتَقَ الأمعاء، وكان قبلَ الفطام) قال: وهو صحيح، فإن انفصل قبل ذلك واستغنى بالطعام لم يحرم رضاعه الا بعد ذلك باليسير، وفي الجواهر: قال مالك: يُحرم بعد الحولين بالأيام اليسيرة، وقال ايضاً: مثل نقصان الشهور، وإليه ذهب سحنون، وروي عنه بعدها بشهر. وروي بثلاثة أشهر.

الفصل الثالث: اللبن الموضع، قال صاحب التنبيهات: قال أهل اللغة: لا يقال: لبنات آدم لبن، بل لبان، قال والأحاديث خلاف قولهم، وفي الجواهر: لا يُشترط فيه أن يكون من وطء حلال على مشهور الروايتين،

(1) (د) قال مالك: عطية للابن استحقتها بالحوز.

(2) في الرضاع، باب ما جاء ان الرضاعة لا تحرم الا في الصغر دون الحولين، عن ام سلمة، وهو صحيح.

وضابطه: ان كل وطء يلحق به الولد ويدراً الحد ينشر لبنه الحرمه، وإن
وجب الحد وانتفى الولد لا ينشر، وان انتفى الولد وسقط الحد: فالرواية
الأخيرة: نشره لظهور شبه النكاح المشروع من حيث الجملة، هذا كله في
حق الراضع.

وأما المرضعة: فالأم مطلقاً، لأن الزنا لا ينافي الأمومة، ولو وطئت
المتزوجة بشبهة وأتت بولد يحتمل أن يكون منها فأرضعت صغيرة فهي
ابنة من يثبت له نسب الولد، وقال محمد: يحرم عليها، وإذا دام لبن المطلقة
سنتين فهو منسوب للزوج، وقيل: ينقطع بوطء زوج ثان وإن دام، وإذا
فرغنا على الأول فولدت أو حلت فقيل: ينقطع بالحمل، وقيل: بالولادة،
وقيل: لا ينقطع الا بانقطاعه، وحيث لم يحكم بانقطاعه: فالولد لها،
ومنشأ الخلاف: هل يكون طرؤ الزوج أو الحمل مغيراً للبن حتى تكون
نسبته إلى الطارئ أولى أم لا ؟

فرع

قال اللخمي: اذا تزوجت فولدت، ثم تزوجت وطلقها، ثم ثالثا ولبن
الأول باق، وطالت المدة عن اصابة الوسط سقط حكمه، لأنه كان سبب
التكثير، والطول يبطله، والحرمه تقع بالإنزال بالوطء لقوله⁽¹⁾ عليه
السلام: (لا يسقي أحدكم ماءه زرع غيره) ولو قبل أو باشر فدّرت
اللبن لم يكن أبا إجماعاً، وان كان وجود سببه لبعد السبب.

(1) رواه احمد في (المسند 4/108) وابو داود رقم: 2158 والترمذي رقم: 1131 عن
رويفع بن ثابت الأنصاري، وسنده صحيح، ولفظه: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر
فلا يسق ماءه ولد غيره.

فرع

ليس من شرطه عدد رضعات، بل مطلق الرضاع يحرم، وقاله (ح) واشترط (ش): خمس رضعات. لقول عائشة رضي الله عنها في مسلم: ⁽¹⁾ كان فيما أنزل الله تعالى من القرآن: عشر رضعات معلومات يحرمن، ثم نسخن بخمس معلومات، فتوفي عليه السلام وهو فيما يقرأ من القرآن. ولقوله ⁽²⁾ عليه السلام: (لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان، ولا المصة ولا المصتان) ولأنه سبب تحريم فيشترط فيه العدد كاللعان، والجواب عن الأول: أن إحالته على القرآن الباقي بعده عليه السلام يقتضي عدم اعتباره، لأنه لو كان قرآنا لتلي الآن، لقوله تعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾ (الحجر: 9)، وعن الثاني: أن في سنده طعنا ⁽³⁾. سلمناه، لكنه مروي عن عائشة رضي الله عنها فهو مستنبط من الأول. وقد ظهر بطلانه، وعن الثالث: أنه مغلوب بأنه سبب تحريم فلا يتوقف على الخمس كاللعان، ومعارض بأنه سبب تحريم فلا يتوقف على العدد كالنكاح على غير الزوج كالطلاق على الزوج. إذا ظهر ذلك بطل قول الشافعية: أن القرآن مطلق والسنة مقيدة، فيحمل المطلق على المقيد.

تفريع، في الكتاب: الوجور يُحرم، وقاله الأئمة لحصول المقصود، وكذلك السعوط والحقنة الواصلة إلى محل الغذاء.

فائدة. الوجور بفتح الواو: الصب في وسط الفم، واللدود: الصب في أحد جانبيه، من: لديد الوادي وهما جانباه، وفي الجواهر: في السعوط

(1) في الرضاع، باب التحريم بخمس رضعات، عن عائشة.

(2) مسلم في الرضاع، باب في المصة والمصتان، وابو داود في النكاح. والترمذي في الرضاع، عن عائشة.

(3) في (ي): لمعى، وهو تحريف.

والحقنة خلاف، قال ابن يونس: لم يشترط ابن حبيب الوصول إلى الجوف في السَّعوط والحقنة، وقال: إذا خُلط اللبن بكحل نفاد كالمر والصبر والعنزروت حرم، والا فلا، ولم يعتبر ابن القاسم القسمين، لأن مرور اللبن في الدماغ كمروره على سطح الجسم لا يحصل غذاء ولو وصل للجوف وكان مستهلكا.

فرع

قال ابن يونس: قال مالك: لا ينهى عن الغيلة، وهي وطء المرأة المرضعة،⁽¹⁾ لقوله عليه السلام في الصحيح: (لقد هممت أن أنهى عن الغيلة حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم) وقيل: هي إرضاع لبن الحامل على الصبي، والمتوقع من الفساد: إضعاف المني⁽²⁾ اللبن لمشاركة الرحم الثدي في المجاري، ولذلك تتحرك شهوة النساء بمسك الثدي، وإن الحمل يمنع الحيض فينحصر في الجسد فيفسد اللبن، ولم يشترط عبد الملك الإنزال، ولعله اكتفى بمني المرأة.

فرع

قال: إذا درت ما لا يُحرم وانما⁽³⁾ يحرم اللبن المغذى.

(1) مسلم في النكاح. باب جواز الغيلة، عن جذامة الأسدية، ورواه الترمذي في الطب.

(2) (د) المني من اللبن.

(3) (ي): ولا يحرم إلا اللبن المغذي.

فرع

في الكتاب: اذا استهلك اللبن أو صار مغلوبا بطعام او دواء، لم يحرم، وقاله (ش)، لأن الحكم في الحكم للغالب، وقاله (ح) في المغلوب بالماء والمختلط بالطعام إن كان اللبن غالبا، لأن الطعام اصل اللبن، واللبن تابع والهواء⁽¹⁾ كالماء عنده، واذا اختلط عنده لبن المرأتين تعلق التحريم بأغلبها، ويشهد لنا: أن النقطة من الخمر لا يحد عليها اذا استهلكت مطلقا، قال ابن يونس: وقال مطرف: تحرم لحصول الإغتداء بتلك الأجزاء وان اختلطت بغيرها، والنقطة من الخمر اذا اختلطت لا تسكر، ولا تصلح للإسكار مع امثالها فظهر الفرق.

قاعدة، إذا نصب الشرع سبباً لاشتماله على حكمة اختلف العلماء في الاقتصار على عين السبب، لأن الشرع لم ينصب غيره، ويجوز اعتبار الحكمة⁽²⁾ لأنها أصل وضع السبب، والأصل أقوى من الفرع كما شرع⁽³⁾ السرقة سبباً في القطع لحكمة صون الأموال، والزنا سبباً للحد لحكمة صون الأنساب، وهما شرع الرضاع سبباً للتحريم لحكمة كونه يغذي حتى يصير جزء المرأة الذي هو لبنها جزء المرضع، كما يصير منيها وطمئتها جزءاً من الولد في النسب، فإذا حصلت المشاركة حصلت البتوة، فإذا استهلك اللبن، عدم ما يسمى رضاعاً ولبناً، ولم يبق الا الحكمة، فهل تعتبر أم لا؟ هذا منشأ الخلاف، وقال ابن يونس وغيره من الأصحاب: اللبن المستهلك لا يغذي. وليس كذلك، لأن لبن⁽⁴⁾ الحيوان يحصل آخر

(1) (والهوا) ساقطة من (ي) .

(2) (د) اعتبار الحكمة صونا لأنها أصل.

(3) كذا في النسختين.

(4) في (د) : جسد xxxx (ي) انه في المنقول منه شبه بول او بدن، واظن انه لبن.

الغذاء ممّا خالطهما في جوفه وان قلت وكثُر المخالط، وذلك معلوم عند الأطباء، ويدل على عدم اعتباره⁽¹⁾ هذه الحكمة اذا انفردت: أن الحرمة لا تقع بدمها ولا لحمها وإن أغذاها الولد إجماعاً، وإن الكبير يغذى باللبن ولا يُحرّمه، وعلى هذه القاعدة يتخرج إرضاع الذكور ورضاع الكبير والحقنة والسعوط⁽²⁾ والكحل وكثير من الفروع فتأملها بفكر حسن⁽³⁾.

فرع

في الكتاب: كره لبن المجوسية والكتابية من غير تحريم، لتولده على الخنزير والخمر، وقد تطعمه ذلك خفية، ونهى⁽⁴⁾ عليه السلام عن استرضاع الفاجرة وقال: اتقوا ارضاع الحمقاء فإنه يغذي⁽⁵⁾.

الفصل الرابع: في إثباته، وفي الجواهر: إذا اتفق الزوجان عليه اندفع النكاح وسقط المهر إلا⁽⁶⁾ أن يدخل، وإن ادّعاها الزوج وانكرت اندفع النكاح ولا صداق، أن سمع منه قبل العقد، والا فعليه جميع الصداق، لأن اعتراف الإنسان لا يُسمع على غيره، وإن ادّعت هي وانكر الزوج لم يندفع إلا أن يشهد بسماع ذلك منها قبل العقد، ولا يقدر على

(1) د ويدل على اعتباره.

(2) (والسعوط) سقطت من (ي).

(3) (حسن) مكانها بياض (ي).

(4) في سنن أبي داود في باب الرضاع: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تسترضع الحمقى، وهو مرسل ضعيف، ورواه الطبراني في الأوسط عن عمر، وفي سنده ضعيف أيضاً، وروى البزار في (المسند) والطبراني في الصغير عن عائشة مرفوعاً: لا تسترضعوا الورهاء، قال يونس بن حبيب: الورهاء: الحمقاء. واسنادها ضعيف (المجمع 4/262).

(5) كذا في النسختين بالغين المعجمة، ولعله بالمهملة من العدوى.

(6) (د) الأول أن يدخل.

طلب المهر إلا أن يكون دخل بها مؤاخذه لها بإقرارها، وإقرار أبي الزوجين قبل النكاح كإقرارها، أجمع عليه مالك وأصحابه، لأن لها مدخلا في العقد فيؤاخذان بإقرارهما، وأما بعد النكاح فلا، إلا أن يتنزه عنها لأنه إقرار على الغير حينئذ، ويتهمان في إسقاط المهر بالفسخ، وأما الشهادة: فتثبت بشاهدين، وقال (ش): لا بد من أربع نسوة، وقال (ح): لا بد من رجلين أو رجل وامرأتين، ولا تستقل به النساء. ويثبت عندنا بامرأتين إن فشا ذلك من قولها حتى يكون⁽¹⁾ شهادة سماع، والا فلا، لأنه من أحكام الأبدان لا تقبل فيه شهادة النساء، وقاله مطرف في الرجل⁽²⁾ والمرأة واحدة، وإن قاما حين العلم بالنكاح إذ لا يتهمان، جعله من باب الرواية قال ابن حبيب: وعليه جماعة الناس، وأم أحد الزوجين قيل: كالأجنبية، وقيل: أرفع منها لاختصاصها بالاطلاع ولنفي التهمة. وكذلك أبو الزوج أو الزوجة هل هو كالأجنبي إذا لم يتول⁽³⁾ العقد أم لا؟ فإن تولاه فهو كأحد الزوجين، فإن أجبر ثم تولاه ففسخ، فإن أخر حتى كبر الولد وصارت الولاية إليه فهل يفسخ نظراً لتوليه أم لا يفسخ ويكون شاهداً نظراً⁽⁴⁾ لفسخ ولايته خلاف، وابن حنبل⁽⁵⁾ لم يفرق فيستحب، وفي الكتاب: اعتراف الأب يؤاخذ به فيفسخ العقد، لأنه مقرر على فعل نفسه، ولو اشترى جارية أو أراد شراءها، أو خطب امرأة فقال الأب: قد تزوجت الحرة أو وطئت الأمة، لا يقبل قوله، لأنه ليس مقرراً على فعل نفسه، وكذلك الأم، وإن فشا من قولها قبل العقد، لأنها ليست عاقدة قال ابن يونس: قال ابن الكاتب: إذا أقرت المرأة بالرضاع وصدقها

(1) (د) حتى تكون شهادة سماع.

(2) الأصل: قاله مطرف بواحدة إن قامت حين العلم بالنكاح إذا لم يتهم.

(3) (د) يتناول وهو تحريف.

(4) (د) ناظر الفسخ.

(5) (ي): وابن حبيب.

رجع عليها بالصدّاق إلا ربع دينار، كالغارة في العدة، وإن لم يصدقها لم يسمع منها، لأنها تتهم على فراقه، وإن صدّقها قبل الدخول لم يترك لها⁽¹⁾ شيئاً.

نظائر، قال أبو عمران: يشهد بالسباع في أربعة عشر موضعاً: الرضاع، والحمل، والحبس، والنسب، والولاء، وهل يقضى⁽²⁾ بالمال فقط أو بالنسب قولان، والموت، والنكاح، وتولية القاضي، وعزله، والوصية، وترشيد السفية، واليتيم، والولادة والضرر زاد العبدى⁽³⁾: ما تقادم عهده من الأشرية، والعدالة، والجرحه، والإسلام، والكفر، وأن فلانا وصي، زاد ابن بشير: الصدقات المتقدمة، والحيازات، والحرية والقسمة⁽⁴⁾، وقال: هي ثلاث وعشرون وعدّ جميع ما تقدم.

الفصل الخامس: فيمن يحرم⁽⁵⁾ منه، وفي الجواهر: تحرم منه أصول ثلاثة: المرضعة فتصير أما، وزوجها فيصير أباً، والصبي فيصير ابناً، والفروع المرتبة على هذه الأصول، كحرمة النسب، لقوله⁽⁶⁾ عليه السلام: (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) متفق على صحته، فيحرم الراضع أمهات المرضعة بالنسب والرضاع، لأنهن جدات، وأخواتها نسباً ورضاعاً، لأنهن خالات، وأولادها نسباً ورضاعاً، لأنهن اخوات، وكذلك فروع هذه المحرمات على قانون النسب، فلا يستثنى إلا⁽⁷⁾ أولاد الأعمام

(1) (د) شيء.

(2) (ي): وهل يقتضي بالمال فقط أو بطل المولى قولان.

(3) (ي): العبادي.

(4) (ي): القسامة.

(5) د تحرمه منه.

(6) البخاري في النكاح، باب: (وامهاتكم اللاتي ارضعنكم) وسلم في الرضاع، باب تحريم

الرضاعة من ماء الفحل، عن ابن عباس.

(7) (د) فلا يستثنى اولاد الأعمام، وهو تحريف.

والعمات كالقربابات، ولا تحرم المرضعة على أي الرضيع ولا أخيه، لأنه أجنبي منها، وقال غيره: كل ما حُرِّم من النسب حُرِّم من الرضاع إلا أم ابنه من الرضاع، واخت ابيه لأنه أجنبي منها. وهو متفق عليه.

تفريع

في الكتاب: إذا أرضعت صبيًا بعد فطام ولدها فهو من زوجها، وكذلك لو أرضعته وهي حامل، أو درت من غير حمل وهي متزوجة، لأن اللبن بسبب وطء الزوج⁽¹⁾، ولو انقضت عدتها وهي ترضع فحملت من الثاني فأرضعت صبيًا فهو ابن لها، قال اللخمي: اللبن يكون للفحل بثلاثة أسباب: أن يوجده، أو يكثره، أو يباشر منه الولد في البطن، وإذا أصابها وهي ذات لبن من غيره، ثم أمسك عنها حتى عاد اللبن إلى ما كان عليه سقط حكم الوطء، قال مالك: وإذا وطئ أمة حاملًا من غيره وقعت الحرمة بالوطء، ويعتق ذلك الولد على الواطئ بالسراية لأنه ابنه، ولم يوجب سحنون العتق، وإن ولدت جارية لم تحل له لأنها ابنته، وإذا أصاب⁽²⁾ أمة رجلان فأتت بولد فالحقته القافة بأحدهما وقعت الحرمة بينه وبين الآخر، قاله محمد، وإذا تزوج امرأة في العدة فأصابها قبل حيضة، أو أصاب أمة قبل الاستبراء فحدث لها لبن صارت الحرمة للواطئ الثاني، وقال ابن شعبان في هذين⁽³⁾: لا حكم للثاني تغليبًا للأصل، وفي الأمة تلحق القافة الولد بأحدهما: تسقط أبوة الآخر.

قال ابن يونس: لبن المرضعة بلبن الزنا يعتبر في حقها دون الزاني لسقوط نسبه الذي هو أصل الرضاع، ولبن الملاءنة يحرم الرجل والمرأة

(1) (ي): رجل.

(2) (ي): أصابت، وهو لحن.

(3) (ي): في مدبر.

لقبوله الاستلحاق، وقال ابن حبيب: اللبن في الوطء بالعقد الفاسد وبالزنا يُحرم من الطرفين، لأنه لبن الرجل، وقد كان مالك يرى أن كل وطء لا يلحق فيه الولد لا يحرم لبنة للفحل، إلحاقاً للرضاع بالنسب، ثم قال: يحرم نظراً لوجود اللبن، والعم من الرضاع لا يُحرم أخوة من النسب ولا الرضاع، كما لا يحرم اخت من أرضعته الأم، لانقطاع النسب بين الجنينين،⁽¹⁾ وكذلك اخت أخ النسب من الرضاع.

ويحرم الجمع بين المرأة وخالتها من الرضاع كالنسب، ولو تزوج صغيرتين فأرضعتهما كبيرة اختار واحدة، وفارق الأخرى، ولا يفسد العقد كما يفسد العقد بين الأختين لانعقاده صحيحاً، فإن كن اربعاً فأرضعت واحدة ثم أخرى، فاختر الثانية، ثم أرضعت الثالثة اختار ايضاً، فإن فارق الثالثة فأرضعت رابعة، حبس الثالثة ان شاء أو الرابعة، وفارق الأخرى، فان أرضعتهم كلهن فله اختيار واحدة منهن، ولا يرى ابن القاسم المفارقة صداقاً، لأنه فسخ قبل الدخول، وقال محمد: لها ثمن صداقها لأنه لو فارقهن كان له نصف الصداق بينهما، وقال ابن حبيب: يعطي كل مفارقة نصف صداقها لأنه مختار، وليس كالفسخ، واختياره فسخ بغير طلاق عند ابن القاسم لعدم الصداق عنده. وبطلاق عند غيره، ولا شيء على المرضعة لهن وان تعدت عند ابن القاسم، لعدم وجوب شيء على الزوج، لأنه غير مطلق، وعليها للزوج ما غرم كالرجوع على الشاهد عند من يقول: للمفارقة صداق.

فرع

قال: لو مات الزوج قبل اختياره فصداق واحد للجميع، وتتفق الأقوال كلها لثبوت نكاح واحدة فيقع التداعي في صداقها، قال ابن

(1) (د): الحرس.

حبيب: وكذلك المجوسي يُسلم عن عشر نسوة قبل البناء فيختار أربعا فيعطي كل مفارقة نصف صداقها.

فرع

في الكتاب: اذا تزوج كبيرة ورضيعتين في عقد، وسمى لكل واحدة صداقها، فأرضعت الكبيرة احديهما قبل البناء، فالكبيرة في عصمته او بعد فراقها حرمت للأبد، لأنها أم نسائه دونهن لعدم الدخول، والصغيرة⁽¹⁾ وهن ربائب⁽²⁾ بعد بنائه بها فلها الصداق، وحرمت الصغيرة معها بغير صداق، فإن فارق الكبيرة بعد ان مسها أو التذ بها فتزوج صغيرة بعد عشرين سنة فأرضعتها حرمت الصغيرة، ولو أرضعها اهل الأرض حرمن عليه، لأنهن أمهات نسائه، وفي الجواهر: لا غرم على المرضعة على المنصوص، واستقر⁽³⁾ اللخمي الغرم على المتعدية، فلو ارتضعت نائمة لأغرم عليها قولاً واحداً.

فرع

قال: لو تزوجت المطلقة صغيراً فأرضعته حرمت على المطلق، لأنها صارت امرأة⁽⁴⁾ ابنه، وكذلك المستولدة.

(1) (والصغيرة) سقطت من (ي).

(2) (ي): أو بعد.

(3) (د) واستقرأ اللخمي.

(4) (د) ام ابنه، وهو الصواب.

فرع

قال: إذا تزوج رجلان^(١) كبيرة وأخرى رضيعة^(٢)، ثم تزوج كل واحد منهما امرأة الآخر، فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمت الكبيرة عليهما لأنها أم الصغيرة التي كانت امرأتها، والصغيرة ربيته فينظر أَدْخَلَ بالكبيرة أم لا؟

فرع

قال: تحته امرأتان أرضعت الكبيرة بلبنها الصغيرة حرمتا، لأن الكبيرة أم امرأتها، والصغيرة ابنته، فإن كان اللبن لغيره: فالصغيرة ربيته إن دخل بالكبيرة حرمتا، والا فالكبيرة وحدها، فلو كان مع الكبيرة ثلاث صغائر فأوجزن لبنها من غيره دفعة واحدة، وهي مدخول بها، حرمن مع الكبيرة، أو غير مدخول بها، حرمت وحرم الجميع بينهما، وإن كان اللبن له: حرم الجميع دخل أم لا، لأنهن بنات لا ربائب، فلو كان للكبيرة ثلاث بنات أرضعت كل واحدة صغيرة، فالكبيرة جدة الصغار وحرمت، والصغار ربائب.

المانع الرابع: اللعان

واللعان في اللغة: البعد، سميت هذه الأيمان لعانا: إما لذكر اللعنة معها، وإما لبعد الزوجين في هذه الحالة من الائتلاف بالزوجية وودها، وإما لأنها محرمة عليه للأبد وهو بعد^(٣).

(١) (رجلان) سقطت من (ي).

(٢) (ي): صغيرة.

(٣) (بعد) مكانها بياض.

ويتمهد هذا المانع بالبحث عن: السبب المبيح للقذف، ثم عن حقيقة ما يوجب اللعان منه، ثم بيان الملاعن والملاعنة، وصفة اللعان وثمرته، فهذه ستة أبحاث.

البحث الأول: في الأسباب المبيحة للقذف، وهي ثلاثة: السبب الأول: الدفع عن النسب ليلاً يختلط به غيره، فيزوج غير الولي، ويحجب غير الوارث، ويخالط غير القريب، وتنتشر⁽¹⁾ هذه المفاصد في الأصول والفروع، وفي الجواهر: اللعان لذلك واجب، قال اللخمي: وهو سبعة أقسام: أربعة متفق عليها، إذا اجتمع الاستبراء والرؤية وأتى بعد ستة أشهر من الرؤية، وبعيد⁽²⁾ بالأمد دون رؤية ولا استبراء، فيقول: لم أصبها من أربع سنين أو خمس أو سبع على الخلاف في أكثر مدة الحمل الذي يلحق فيه الولد، أو يقول: لم أصبها بعد الوضع، أو يقول: لم تلد به، وقال أشهب: إذا قال: لم تلد به (ولم يكن رأى منها حلاً حتى وضعته، إن لم ينتف منها لاعن، وإن قال: هو ولدي ولم تلد به)⁽³⁾ لحق به من غير لعان، وبقيت زوجة، لأنه لم يقذفها، فالمختلف فيها: الاستبراء بانفراده، والرؤية بانفرادها، وإذا كانت ظاهرة الحمل عند الرؤية، أو لم تكن ظاهرة وأتت⁽⁴⁾ به لأقل من ستة أشهر، وإذا لم يتمكن من نفيه بالرؤية بانفرادها، أو الاستبراء بانفراده، لم يحد، لأنه يقول: ظننته دليلاً على النفي مني والحد يدرأ بالشبهة.

(1) (ي): وتنشأ.

(2) كذا (ي) دون نقط الحرف الاول، وفي (د): ومسه.

(3) ما بين القوسين سقط من (ي).

(4) (وأنت) سقطت من (د) ولا بد منها.

فرع

قال اللخمي: قال ابن القاسم و(ش):⁽¹⁾ القيام بالولد على الفور عند العلم به، فإن سكت بطل قيامه، لأن سكوته إقرار، وقال: ابن القصار: إذا قال: رجوت أن يكون رجلاً له الملاعنة إذا لم⁽²⁾ تجاور ثلاثة أيام بعد الوضع، أو يظهر ما يدل على الرضا مثل قبول التهنة قبل الثلاث، ويشهد لذلك حديث المصراة، وإذا لاعن للرؤية ثم ظهر حل: قال ابن القاسم: يكفي اللعان الأول، وقال عبد الملك: يلاعن، لأن الأول لم يكن للولد، ولولا ذلك لم يكن عليه أن يسأل عن الاستبراء، وهو يرجع إلى الخلاف في جواز الاقتصار على قوله في النفي: زنت، فإن أكذب نفسه في اللعان الثاني لحق به، ولم يحذف، لإسقاط اللعان الأول الحد، إلا على قول عبد الوهاب: أن أصل اللعان لنفي النسب، وسقوط الحد تبع، وفي الإكمال: روي عن مالك: لا ينفي الحمل إلا بعد الوضع، وقال (ش): يلاعن بالقذف المجرد عن رؤية الزنا، وفي نفي الحمل⁽³⁾ لمالك قولان في ذلك.

فرع

في الجواهر: إنما يحتاج إلى اللعان إذا أمكن أن يكون الولد من الزوج، أما إذا لم يمكن إما لقصر المدة عن ستة أشهر، أو لطول المسافة بين الزوجين أو لصباء الزوجين⁽⁴⁾، أو لصباء الزوج، أو لا يولد له، فلا يلاعن ويلحق الولد، لباقي⁽⁵⁾ الانثنين ان كان يولد لمثله في العادة، بخلاف

(1) و(ش) سقط من (د).

(2) (ي): ان تجاوز.

(3) (د): ولمالك.

(4) (او لصباء الزوجين) سقطت من (د).

(5) كذا (ي) وفي (د): للباقي الانثنين. وفيه شيء ولعلها: لتجافي الانثنين.

ما في الذكّر إلا ان يولد لمثله عادة، والإقرار بالوطء بين الفخذين مع الإنزال يلحق الولد ولا يلاعن⁽¹⁾ له، ولو وطئ⁽²⁾ أمته ثم أمراته قبل قوله واستل عنها لحق الولد ولا لعان، لاحتمال أن يكون في احليله من الأول ماء، قال الأبهري: اذا كان الخصي والمجبوب ينزلان⁽³⁾ لاعتنا، ويلاعن الشيخ الكبير والعنين في الرؤية ونفي الحمل لوجود الإمكان.

فرع

في الجلاب: إذا أقر بجملها ثم ادعى رؤية الزنا: فثلاث روايات: يحذ ويلحق به الولد، ولا يلاعن لإقراره بالحمل، وهو سبب أصل⁽⁴⁾ مشروعية اللعان، ويلاعن وينتفي عنه، لأن الإقرار قد يكون عن ظن كاذب، ويلحق به الولد لإقراره، ويلاعن لدرء⁽⁵⁾ الحد كما يلاعن لو رمى من لا تلد.

فرع

قال: اذا ماتت في غيبته بعد الولادة، فله نفيه بعد موتها حفظا للنسب، ويرثها.

السبب الثاني: التشفي بانفراده، وإن لم يكن بها حمل إذا⁽⁶⁾ يتقن الزنا، وفي الجواهر: يباح له عند ذلك، ولا يجوز اعتماده على العزل.

(1) (ي): ولا لعان له.

(2) الاصل: وله وطء أمته ثم امرأته قبل يولد، واستل عنها، وفي العبارات تصحيف.

(3) (ينزلان) سقطت من (د) وهي ضرورية.

(4) أصل مشروعية اللعان) سقطت من (ي).

(5) (لدرء) مكانها بياض في (ي).

(6) (ي): واذا وفي (د): اذا انتفى.

السبب الثالث: في الجواهر: دفع العقوبة عن نفسه (سواء كانت⁽¹⁾ حداً أو تعزيراً).

البحث الثاني: في القذف الموجب للعان، والأصل في القذف: التحريم، وإيجاب الحد، كما هو في الأجنبي، وإنما أيسر للزوج لضرورة حفظ النسب وشفاء⁽²⁾ الصدور، ولما خرج من حيز التحريم لم يناسب العقوبة بالجلد مطلقاً، بل عند عدم ظهور الغرض الصحيح وجعل له مخلص بالأيمان المباحة، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ، وَالْخَامِسَةُ أَنْ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَىٰ مَنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ، وَالْخَامِسَةُ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ (النور: 6).

تفريع، في الكتاب: يجب اللعان باثنين متفق عليهما: رؤية الزنا كالمرود في المكحلة، ونفي حل يدعى قبله الاستبراء، أو واحد مختلف فيه، وهو قذفها من غير دعوى رؤية ولا نفي حل، قال ابن القاسم: أكثر الروايات على أنه يحد ولا يلاعن، لأن الأيمان إنما⁽³⁾ تنزلت منزلة البينة في درء الحد عنه وتوجهه عليها. والسند لا بد أن يصف ولا يقتصر⁽⁴⁾ على مجرد القذف، ولابن القاسم قولان، قال ابن يونس: يكفي في دعوى الاستبراء حيضة لحصول براءة الرحم بها، قاله مالك وأصحابه إلا عبد الملك اشترط ثلاثاً، ورواه عن مالك، وقيل: لا يحتاج إلى صفة الرؤية، لأن الآية لم تشترطها، والفرق: أنه محتاج لحفظ نسبه، ولا حاجة للشهود، فغلظ عليهم

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (د)؛ وتشفي.

(3) (ي)؛ لأن الأيمان نزلت.

(4) (د) والبينة إن نصف.

طلبًا للستر، وفي الكتاب: اذا ولدت ميتًا أو مات بعد الولادة، ولم يعلم به لغيبة أو غيرها فنفاه: لاعن لأنه قاذف، واذا زنت فحدت ثم قال: رأيتها تزني ولم يقذفها بالزنا الأول: التعن للتشفي أو لنفي الحمل، فإن أكذب نفسه لم يحد، لأنه قاذف زانية، وفي الجواهر: لو لاعنها فأبانها ثم قذفها بتلك الزنية فلا حد ولا لعان، لاستيفاء موجه قبل ذلك، وقال ربعة: يحد، وإن قذفها بزنية أخرى فإن كانت لم تلعن وحدت، لم يجب الحد، لسقوط حصانتها بتلك الزنية بموجب لعانه، وإن لاعنت وجب الحد، وإن قذفها أجنبي فاولى بالحد، لأن أثر لعان الزوج لا يتعدى لغيره.

قاعدة، الحصانة لا تعود بالعدالة، لأن الله تعالى إنما أوجب الحد في المحصنات فمن ثبتت جنائته بالزنا ذهبت حصانته، وهذا مقام تزلزل فيه الفكر، وتضطرب العبر، وكيف يصير المَقْدُوف من اهل الولاية والعدالة وجانبه مهضوم، والزنية الثانية التي رماه بها أو رمى المرأة لم يقم عليها مصدق للرامي، وأي فرق بين هذه الأذية هاهنا وبين أذية من لم يتقدم له زنا، وهما مومان⁽¹⁾ مؤذيان للرمي أذية ظاهرها الكذب، أما اذا رمي بالفرية الأولى فهو صادق فلا يلحق بمحل⁽²⁾ الإجماع بالحد بل في التعزير، والجواب عن الأول يتخرج⁽³⁾ على قاعدة وهي: أن الله تعالى اذا نصب سببًا لحكمة اختلف العلماء هل يجوز ترتيب الحكم على تلك الحكمة حيث وجدت لأنها الأصل في اعتبار ذلك السبب أولا يجوز؟ لأن الله تعالى لم ينصبها، وهو الصحيح عندهم، كما نصب السرقة سببًا للقطع لحكمة حفظ الأموال، فمن أخذ مالا بغير السرقة لا يجوز قطعه، ونصب الزنا سببًا للرجم لحكمة حفظ الأنساب، فمن سعى في لبسها بغير الزنا لا يجوز

(1) موالهتان مودسان.

(2) بمحل مكانها بياض بالاصل.

(3) الأصل: والجواب عن هذا.

رجه وكذلك هاهنا شرع القذف سبباً للحد لحكمة حفظ الأعراض وصونا للقلوب عن الأذيات، لكن اشترط فيه الإحصان من جملة⁽¹⁾ عدم مباشرة الزنا، فمن باشر فقد انتفى في حقه عدم المباشرة، فإن النقيضين لا يصدقان، والعدالة بعد ذلك لا تنافي كونه باشر، فإن لاحظنا الحكمة دون السبب، كان ذلك لحسن إيجاب الحد (فإن اقتصرنا على خصوص السبب لا يوجب الحد)⁽²⁾، ويؤكد ذلك أن الحدود تعبدية من جهة مقاديرها، وإن كانت معقولة الحكمة من جهة أصولها، والتعبد لا يجوز التصرف فيه، فظهر أنه لا يلزم من الاستواء في الأذية الإستواء في الحد.

فرع

في الجواهر: ان قذفها أجنبية ثم تزوجها وقذف فلاعن، اندفع الحد الثاني، واستوفى الأول، لأن اللعان لا يدفع قذفاً قبل الزوجية.

فرع

في (الكتاب): اذا قذفها وقد كانت غُصبت التَّعَن، وقال غيره: إن قذفها بغير الغصب تلاعننا جميعاً، وان غصبت واستمرت حاملاً لا ينتفي الا بلعان، ولا تلتعن هي، لأنها تقول: إن لم يكن منك فمن الغاصب، قال ابن يونس: قال محمد:⁽³⁾ هذا ان علم الغصب برؤيتها متعلقة تدمي، أو غاب عليها، وإن انفردت دعواها فلا بد من اللعان.

قال مالك: وتقول: أشهدُ بالله ما زנית، ولقد غلبت⁽⁴⁾ على نفسي،

(1) (ي): من جلته.

(2) ما بين القوسين سقط من (د).

(3) (د): هو... بريتها.

(4) (د) عن.

قال محمد: وتقول في الخامسة: أن غضب الله عليها ان كان⁽¹⁾ من الصادقين، ولا⁽²⁾ يسقط الحد عنها موافقة الزوج لها على الغضب، وان كان الحمل، لأنه حق لله، قال صاحب النكت: تصديق الزوج على الغضب لا ينفي الولد منه⁽³⁾ باللعان، بخلاف تصديقه على الزنا عند ابن القاسم، لانتفاء التهمة بتزوجه⁽⁴⁾ الحد عليها، فصدقت على قطع النسب، ولو رجعت عن إقرارها قبل الحد (استوى المسألتان)⁽⁵⁾، وتقبل دعوى الغضب من ذات الزوج من غير حد فيها ظهر من حل لقدرتها على الإلحاق⁽⁶⁾ بالزوج بخلاف الغرية إلا ان تصح وتفصح نفسها.

فرع

قال ابن يونس: اذا أنكر حل امرأته قبل البناء ثم مات، لحقه لعدم لعانه، ولها الصداق، لأن الموت يكمله ولا يلاعن، لأن سبب لعانها لعانه (ولم يوجد، وترث).

في الكتاب: القائل: وجدتها معه في لحاف، او تجردت له⁽⁷⁾ أو ضاجعته، لم يلتعن، ويؤدب ان لم تكن له بينة حتى يصف الوطء، ولم يجعل هذا تعريضا بالقذف كما في الأجنبي، لعذر الزوجية، وقال⁽⁸⁾: ابن الملاعة أو أمه يوجب الحد لقبول اللعان للاستلحاق، ولو قذفها زوجها بعد اللعان

(1) (د): ان كانت من الكاذبين، وهو خطأ.

(2) الأصل: واسقط الحد عنها، وهو تحريف.

(3) (ي): معه.

(4) (يتزوجه) مكانها بياض (ي).

(5) ما بين القوسين سقط من (ي).

(6) (د): اللحاق.

(7) ما بين القوسين سقط من (د).

(8) (وقال) سقطت من (ي).

حَدَّ، قاله ربيعة، قال ابن يونس: قيل: يُحَدُّ بذكر المضاجعة كما لو قاله لأجنبي، ولو طالبت به بذلك فقال: رأيتها تزني، فله الملاعنة، قال ابن القاسم: ولو قذفها أجنبي بعد لعان الزوج، أخر حتى يلتعن فيُحَدُّ أولا (والا فلا)⁽¹⁾ لثبوت زناها، وقال أشهب: لا يؤخره، ولو قذفها قبل تمام لعان الزوج لم يؤخر، وإن أخر لا يسقط الحد إذا التعت، وخالف محمد ربيعة في حد الزوج لقذفه بعد اللعان لأنه إنما لاعن لقذفه، قال سحنون: وإذا قذفها بمعين فحد له، سقط اللعان وحق الزوجة، كقاذف رجلين يجد لأحدهما، وإن طولب باللعان فنكل فتحد، سقط حد الرجل، وفي الكتاب: القائل: رأيتها تزني بفلان فيلاعن فتحد لفلان لبقاء حقه، والمنكر للون ولده لا يلاعن، لما في مسلم⁽²⁾ (أنه عليه السلام أتاه أعرابي فقال: يا رسول الله، إن امرأتي ولدت غلاما أسود، وإنني أنكرته، فقال له عليه السلام: هل لك من إبل؟ قال: نعم، قال: ما لونها؟ قال: حمر، قال: هل فيها من أورك؟ قال: نعم، قال عليه السلام: فأني هو؟ فقال: لعله يا رسول الله يكون نزعه عرق له، فقال له عليه السلام: وهذا لعله يكون نزعه عرق له، زاد البخاري: ولم يرخص له في الانتفاء منه) وإذا لم يرفع القذف إلى الإمام فلا شيء فيه، قال اللخمي: إذا قال: أقرت عندي بالزنا حد، ولم يلاعن، لجواز حل الإقرار على قبل الزوجية، والأصل في القذف: الحد واللعان.

فرع

وإذا قال: لم أجذك عذراء، لا يجد ولا يلاعن، لأن العذرة تذهب بالوثبة والحيض والتغييس⁽³⁾.

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) رقم 1500 والبخاري في الطلاق، باب إذا عرض بنفي الولد، عن أبي هريرة.

(3) كذا الأصل وفي (د): العسر.

فرع

في الجواهر⁽¹⁾: قال القاضي ابو بكر: لا يمنع اقامة البينة على القذف من اللعان، وقوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ خرج مخرج الغالب فسقط مفهومه إجماعا (وبه قال (ش) خلافا لـ (ح) وفي الكتاب: اذا شهد عليهما اربعة احدهما زوجها لاعن الزوج، وحُد⁽²⁾ الثلاثة لرد شهادته بالتهمة، قال ابن يونس: قال مالك: فإن رجمها الإمام ثم علم بذلك لم يحُد الثلاثة للقضاء بشهادتهم، ويلاعن الزوج لأنه قذف، فإن نكل حد، ثم لاقصاص على الإمام للخلاف فيه، كشهادة العبد، وقال ابن ابي زمنين: إذا علم ذلك قبل الرجم فعرض اللعان على الزوج، فإن فعل قيل لها: التعني، فإن فعلت حُد الثلاثة. والا حُدت دونهم لأنه حق عليها ما شهدوا به.

فرع

قال: ويكفي نسبتها لوطء حرام في القبل والدبر، فإن قذفها بأجنبي، وذكره في اللعان، ليس على الإمام اعلامه، لأنه يبلغه ذلك غالبا، وروي: ذلك عليه، لقوله عليه السلام في مسلم: ⁽³⁾ (واعد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها) وليس الستر الإعلام، فإن الحدود يؤمر بالستر فيها، فإن قام المقدوف بالحدود وحد له، قال سحنون: يسقط اللعان لتداخل حدود القذف، فإن لم يعين لم يحُد، لعدم أذية غير المعين،

(1) في (الجواهر) سقطت من (ي).

(2) ما بين القوسين سقط من (د).

(3) رقم 1697 - 1698 البخاري في المحاربين، باب الإعتراف بالزنا، عن ابي هريرة، وزيد بن خالد الجهني.

فلو قذف امرأتين بكلمة واحدة فقامت إحداهما: فقال: كذبتُ عليك فجُلد، ثم قامت الأخرى فَلَا حد لتداخل الحدود، فلو قال بعد الحد: (كذبت عليكما، أو للتي قامت أخيراً: صدقت عليك حد، لأنه يصدق بعد الحد، ولو قال للتي حد لها: ⁽¹⁾ صدقت عليك حد عند ابن القاسم لها ثانياً خلافاً لابن المواز.

فرع

قال: إذا ادعت القذف فأنكر فأنبتته حُدَّ إلا أن يدعي رؤية فيلتعن، ويقبل منه بعد جحوده، بخلاف الأجنبي، لأنه مأمور بالستر، ولو أنشأ قذفاً آخر، فله اللعان، ولو أقامت ⁽²⁾ بينةً على إقراره بذلك لاعن منه وهو منكر لحق به وحُد، قال محمد: إلا أن يكون اللعان عن الرؤية مع نفي الحمل، فلا حد لبقاء لعان الرؤية.

فرع

قال: قال ابن محرز: إذا لاعن الكتابية بنفي الحمل، ثم استلحق الولد، ثم طلب الولد الحد لقطع نسبه لم يحد الأب، لأن المقصود بالقذف إمامه دونه، وهو كمن عرض بقذف ولده لا يحد لبعده من التهمة في ولده، فلا يؤاخذ إلا بغير المحتمل كقتله.

(1) ما بين القوسين سقطت من (ي).

(2) (د) ولو قامت بينة على إقراره بولد لا عن منه، وهو الصواب.

فرع

قال: ولو امتنع من اللعان فعرض للحد فله الإلتعان حينئذٍ، وهل ذلك للمرأة أم لا؟ قال بالأول أبو بكر ابن عبد الرحمان، قياساً على النكول في الزنا، وبالثاني قال أبو عمران، والفرق: تعلق حق الزوج بالنكول في اللعان بخلاف الزنا.

فرع

(قال: اذا قال: زنيّت وانت صغيرة، او أمة، او نصرانية: حُدَّ عند ابن القاسم، فإن أقام بينة ورآه تعريضاً: قال أشهب: لا يحد في غير المشاعة، ويحد في المشاعة الا ان تقوم بينة)⁽¹⁾.

فرع

قال: اذا مات الولد فله اللعان، وإن لم يكن للوالد ولد حسيّ، ولو نفاه، فلما مات استلحقه قيل: إن كان للميت ولد وإلا فلا، لتهمة الميراث.

البحث الثالث: في المَلْعَن.

وفي الجواهر: له شرطان: أهلية اليمين الا الكافر، وقاله (ش)، غير أن الذميمة⁽²⁾ تلاعن لدفع النعار عنها، وينقطع النكاح بلعانها، فإن ابت فيها

(1) هذا الفرع كله سقط من (د) والمشاعة في الأصل بالباء ولعله تصحيف.

(2) (ي): اهل الذمة. وهو تحريف.

على الزوجية، وترد إلى أهل دينها بعد العقوبة لأجل خيانة⁽¹⁾ زوجها.

الشرط الثاني: الزوجية، وقاله (ش)، فكل نكاح يلحق فيه الولد ان فسخ لاندراجہ في الآيّة، فيخرج الأجنبي ويندرج⁽²⁾ المطلق الرجعي لأنه زوج، فإن قذفها ثم أبانها لآعن لدفع النسب أو لدفع الحد، لتقدم اللعان حين الزوجية. وإن قذّف بعد البينونة لآعن للحمل فقط، ويحدّ لغيره لأنه ليس زوجا، وإن قذّفها في عدتها من الطلاق البائن بالرؤية لآعن، وإن لم يكن بها حمل، لأنها من آثار الزوجية، وقال محمد: يُحدّ لعدم الزوجية (وإن قذفها في النكاح فزنى قبل النكاح لم يلاعن، ويحدّ لانتفاء ضرر الزوجية)⁽³⁾ حين الفاحشة خلافاً لـ (ح).

تفريع

في الكتاب: يلاعن الأعمى في الحمل يدعي الاستبراء، وفي القذف، لأنه قد يعلم الزنا باللمس، والآخر بالإشارة وبالكنية، وقاله (ش) خلافاً لـ (ح) لحصول فهم المقصود، وإذا رأى الزوج الحمل ظاهراً فسّت حتى وضعته، أو قامت بينة انه رآه يوماً أو يومين لم ينكره، أو أقرّ به ثم نفاه، لم ينفعه النفي ويحدّ للمسلمة دون الأمة، والقائل: رأيتها تزني اليوم، ولم أجامعها بعد ذلك، ووطئتها قبل الرؤية ولم استبرئ، يلاعن، ولا يلحق به ما تأتى⁽⁴⁾ به، إلا أن تأتى لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية. ولما لا أيضاً: لا يلحق به، وقال أيضاً: ينفيه وإن كانت حاملاً لأن مثلها لا يؤمن، قال ابن القاسم: وأحبُّ إليّ أن يلحقه الحمل الظاهر يوم الرؤية،

(1) (ي): جنابة.

(2) (د) وينطلق.

(3) ما بين القوسين سقط من (د).

(4) (ي): فما تأتى به.

لأن الأصل عدم الزنا قبل ذلك، وقال المخزومي: إن أقر بالحمل وادعى رؤية لآعَنَ، وإن أتى لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية لحق والا فلا، إلا ان يستلحقه بعد ذلك، وان قذفها فبانت⁽¹⁾ وتزوجت فقامت بالقذف تلاعننا لتقدم حال الزوجية، ويُحَدِّد الممتنع منها، ومن لم تُعلم خلوته بامراته، وأنكر ولدها ومسيستها وادّعتها هي وهما ممكانان لا ينتفیان⁽²⁾ إلا بلعان طلق أم لا، لأن الولد للفراش مع الإمكان، وإذا لآعَنَ فليس لها الا نصف الصداق، ولا سكنى لها ولا متعة، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: فإن اختلفا في تاريخ العقد حتى يكون الولد لأقل من ستة أشهر على رأي الزوج، فلا بد من اللعان لتساوي التداعي⁽³⁾.

قال اللخمي: ويقول في اللعان: أشهد بالله إنه لمن الصادقين، وما تزوجتها الا من خمسة أشهر، وتقول هي: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين، وما تزوجني الا من سبعة أشهر، وانه منه.

فرع

قال صاحب الإكمال: اذا وجد مع امرأته رجلا فقتله: قال (ش): يقتل به إلا أن يأتي بأربعة شهداء، واكتفى احمد بشاهدين، وقال ابن القاسم: يهدر دمه كان محصناً أم لا، إلحاقاً له بالمحارب، وتستحب الدية في غير المحصن.

(1) (د) فأتت، وهو تصحيف.

(2) (د) لا ينفى.

(3) (ي): الدعاوى.

فرع

في الجلاب: إذا رَمَاها بالزنا فأقرت به، ثم أتت بحمل، فروي: ينتفي
بغير لعان لاعترافها، وروي: لا ينتفي إلا باللعان لحق الولد.

البحث الرابع: في الملاعنة، وفي الكتاب: اللعان بين كل زوجين كانا
حرّين أو مملوكين أو أحدهما، أو محدودين، أو كتابية تحت مسلم بخلاف
الكافر، لعموم الآية، وعدم اندراج الكافر لبطلان عقدها، ولعدم توجه
الحد عليها في القذف، وأما الأمة والكتابية: فلا يلاعن الزوج فيها إلا
لنفي الحمل إذا ادعى الاستبراء ورؤية لم يتبين بعدها، ولا يلاعن لرؤية،
لأنه لا يحد قاذفها، فإن أحب ذلك لتحقيقه عليها لم يمنع، وقال (ح):
إذا كان أحد الزوجين مملوكًا أو ذميًا أو محدودًا في قذف، أو كانت
المرأة ممن لا يحد قاذفها فلا لعان بينها، لأن اللعان شهادات لا تكون إلا
لمن له اهلية الشهادات. وجوابه: أنه لو كان شهادات لما قبل من المدعي،
ولما شرع فيه اللعان والغصب، بل الحق انه فيه شائبة الشهادة، قال ابن
يونس: قال سحنون في حر تحته أمة فابتاعها ثم ظَهَرَ بها حل: (1) ان
وضعت لأقل من ستة أشهر من يوم الشراء (2)، أو قد أصابها بعد الشراء
لأَعَنَها، لأنه (3) زوج، أو لستة أشهر فأكثر بعد الشراء والوطء لحق به
لاحتماله من مسيس (4) الملك، وإن لم يمسه بعد الشراء، ووضعت لما يشبه
أن يكون من وطئه لما كان زوجًا بخمس سنين فأدنى فاللعان بينها، وفي
الجواهر: إذا اشترى أمة (5) وظهر بها حل، فإن علمه يوم الشراء أو أتت

(1) أو وضعت.

(2) (ي) وقد أصابها.

(3) (ي): لإصابة زوج.

(4) (ي): من مسألتي، وهو تصحيف.

(5) (د) امرأته، وهو تحريف.

به لأقل من ستة أشهر، فالولد للنكاح ما لم يطأها بعد الشراء (وتأتي به لأكثر من ستة أشهر، وروى سحنون: إذا لم يطأها بعد الشراء)⁽¹⁾ بحیضتين فهو للوطاء بعد الشراء ولا ينفیه، استبرأها بعد الوطء أم لا، إلا أن يدعي استبراءها بعد الوطء، قال اللخمي: وإذا كانت مسلمة والزوج نصرانيًا إما لأنها أسلمت قبله، أو تعدت⁽²⁾ في تزويجه على القول بأنها لا تكون بتزويجه زانية لأَعَنَ بقذفها. فإن نكل حُدَّ. وإن لَأَعَنَ ونكلت لم تُحَدَّ بأيامانه لأنها أقيمت مقام الشهادة، وفي الكتاب: يلاعن من لا يدري⁽³⁾ لِصَغَرٍ أو كَبَرٍ إن كانت الصغيرة قد جُمِعت، وإن لم تحض، وتلتعن الكبيرة دون الصغيرة لعدم اهلية اليمين، وعدم توجه الحد عليها وتبقى زوجة.

قال صاحب النكت: إذا لَأَعَنَ النصرانية فامتنعت فلها النفقة حتى تلد، وإن امتنع وطئها لكون الولد من غيره، لأنها زوجة، ويجوز الاستمتاع بها كما يُستمتع بالحائض على الخلاف في المستبرأة حاملًا، وتلاعن النصرانية دون الصغيرة، وكلاهما لا يتعلق بنكوله حد، والفرق: أنها قد تتوجه عليها عند أهل دينها عقوبة.

فرع

قال ابن يونس: إذا توافق الكتابيون بحُكْمنا في اللعان فنكلت الزوجة رُجِمت على رأي عيسى ابن دينار، ولا تُرجم على رأي البغداديين لفساد أنكحتهم، ويجب الحد كالمتلاعنين قبل البناء.

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (ي): أو يقذف، وهو تصحيف.

(3) (د) من لا تلد. ولعله الصواب.

فرع

في الجلاب: اذا أتت المنكوحة في العدة بولد لأقل من ستة أشهر من النكاح الثاني، أو لسته اشهر وقبل حيضة، لحق بالأول لعدم الحيض الدال على البراءة، أو بعد ستة أشهر وحيضة لحق بالثاني، لوجود الأجل الصالح والدال على البراءة، إلا أن ينفيه باللعان (يلحق بالأول الا ان ينفيه باللعان)⁽¹⁾ فينتفي فيها جميعاً، وان استلحقه أحدهما لحق به، وقال محمد:⁽²⁾ والمراد: دخول الثاني دون عقده، وان (كانت المرأة تصير فراشا بالعقد لقوة فراش الأول وضعف الثاني)⁽³⁾ وان استلحقاه معا، كان للثاني، ولا تلاعن الا مع الثاني اذا نفاه إلى الفراش الأول، قال ابن يونس: قال أصبغ: من استلحقه منهما حُدَّ ولحق به وقال محمد: ان استلحقه الثاني دون الأول لحقه وحُدَّ، لأنه نفاه إلى غير أب، ومن استلحقه أولاً لحق به، ولا دعوى للثاني فيه (ولو ادعاه الأول بعد لعانه وقبل لعان الثاني، لم يقبل منه، لأنه للثاني حتى ينفيه)⁽⁴⁾ ولو استلحقاه بعد لعانهما اختص بالأول ويحرم على الثاني أبداً، وان لم يلتعن⁽⁵⁾ لأنه ناكح في العدة، ولا تحرم على الأول وإن التعن، لأنها لم تلاعنه⁽⁶⁾ كالمغتصبة، وقال أصبغ: واذا تلاعنا جميعاً حرمت عليهما لبطلان النسبة للثاني بلعانه، ولو عقد عليها حاملاً فأتى للسته أشهر فأكثر فهو للآخر إلا أن ينفيه بلعانه، ولا تلتعن هي، ولحق بالأول، إلا ان ينفيه وتلتعن فيلتعن، فإن نكلت حُدت.

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (د) قال محرز.

(3) ما بين القوسين سقط من (د).

(4) ما بين القوسين سقط من ي.

(5) (د) وان لم يتعلق.

(6) (لم تلاعنه) سقطت من (ي).

تنبه، مراد العلماء بعدم حقوق الولد لأقل من ستة أشهر: (إذا كان تاماً، أما لو وَضَعْتَهُ ناقصاً لأجل ذلك النقص لحق به لأقل من ستة أشهر)⁽¹⁾.

قاعدة: الولد يتحرك لمثل ما يخلق فيه، ويوضع لمثل ما تحرك فيه، وهو يتخلق في العادة تارة لشهر، وتارة لشهر وخسة أيام، وتارة لشهر ونصف، فيتحرك في الأول لشهرين، ويوضع لستة أشهر (وفي الثاني شهرين وثلث، ويوضع لسبعة أشهر)⁽²⁾ والثالث لثلاثة أشهر، ويوضع لتسعة أشهر، (من عجز أو تأخر عن الأولين، لآفة مؤخرة)⁽³⁾ فلذلك لا يعيش ولد الثانية أشهر، لكونه إما متقدماً على التسعة لآفة من عجز⁽⁴⁾ أو تأخر عن الأولين لآفة مؤخرة، والموصوف⁽⁵⁾ لا يعيش، فلا يعيش⁽⁶⁾، فلهذه القوانين يعتبر النقص مع الآجال، فكل حل قبل أجله يمتنع لحوقه، أو مع أجله لحق.

فائدة: فعلى هذا التقدير يكون قوله⁽⁷⁾ عليه السلام: (يجمع خلق أحدكم في بطن أمه أربعين يوماً وأربعين صباحاً) إشارة إلى الأطوار الثلاثة تقريباً، فإن الأربعين تقرب من الثلاثين ومن الخمسة والثلاثين.

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) ما بين القوسين سقط من (د).

(3) ما بين القوسين سقط من (د).

(4) (د) مزعجة، وهو تصحيف.

(5) (د) والمرمى.

(6) (د) (فلا يعيش) سقطت من (د).

(7) البخاري في القدر، باب في القدر، وفي بدء الخلق، باب ذكر الملائكة. ومسلم في

القدر. باب كيفية الخلق آدمي في بطن أمه، عن ابن مسعود.

فرع

في الكتاب: لا تلاعن الحائض والنفساء اذا قذفت حتى تطهر، حتى تقع العدة في طهر كالطلاق، وكذلك لا يطلق على المعسر بالنفقة والعنين حتى تطهر بخلاف المؤلي، وَرَوَى أَشْهَبُ: التسوية، قال ابن يونس: قال أبو محمد: يلاعن الزوج وتؤخر هي.

فرع

في الجلاب: اذا أقر بوطء أمته لحق به ولدُها لقوله⁽¹⁾ عليه السلام: (الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ) ولقول عمر رضي الله عنه: ما بال رجال يطأون ولائدهم ثم يَدْعُونَهُنَّ يَخْرُجْنَ، لا تأتي وليدة يعترف سيدها بوطئها إلا لحق به ولدُها، قال اللخمي: ولا يختلف المذهب في قبول قوله كانت من العلي أم لا قال: وأرى أن يختلف في العلي، وفي الجواهر: اذا أقر بوطئها لا ينتفي ولدها حتى يدعي الإستبراء بغير يمين، لأن الإستبراء في الإماء كاللعان في الحرائر، وقيل: لا بد من اليمين، لأنه عوض اللعان، ولو أنكر ولادتها لم يلحق به (إلا أن تشهد امرأتان ثقتان بولادته، لاحتمال التقاطه توسلا للعتق، ويقبل قول الحرة في الولادة)⁽²⁾ لعدم التهمة، إذا وطئ البائع والمشتري في طهر واحد، وأشبه ان يكون الولد منها لحق بمن الحقته به القافة لما في مسلم:⁽³⁾ قالت عائشة رضي الله عنها: دخل علي

(1) الترمذي في الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، والنسائي في الوصايا، باب ابطال الوصية للوارث، من عمرو بن خارجة. وهو جزء من حديث.

(2) ما بين القوسين سقط من (ي).

(3) في الرضاع، باب العمل بالحاق القائف الولد، والبخاري في فضائل اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، باب مناقب زيد بن حارثة، عن عائشة.

رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسروراً فقال: يا عائشة ألم تري الى مجزز المدلجي دخل فرأى أسامة وزيداً وعليهما قطيفة قد غطيا رؤسهما وبدت اقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض) قال أبو داود: وكان أسامة شديد السواد، وأبوه شديد البياض، وطعنت الجاهلية عليه بذلك، فسُر عليه السلام بترك الطعن عند ذلك، وهو عليه السلام لا يسر إلا بسبب حق، وبالقافة قال (ش) خلافا لـ (ح)، ونفاه مالك في المشهور من الحرائر دون الإماء، قال الأبهري: وروي عنه: التسوية، ويكفي واحد عند ابن القاسم، لأنه من باب الخبر، وقيل: لا بد من اثنين لأنه من باب الشهادة، والفرق بين الحرائر والإماء: أن فراش الأول صحيح بالعقد، والثاني فاسد، فاعتبر العقد الأول دون العقد الثاني، وألحق به تارة ولا مرجح⁽¹⁾ في وطء السيدين.

نظائر: قال العبدى⁽²⁾ المتردد بين الشهادة والخبر سبع: القائف، والترجمان، وقيل: يكفي الواحد، وقيل: لا بد من اثنين، وأما الكاشف عن البيئات، وقائس الخراج، والناظر في العيوب، كالطبيب والبيطار فواحد، قال ابن حبيب: ولو كان البيطار فاسقاً، وكذلك المستنكه للسكران إذا أمره الحاكم، واختلف في الحكمين: فقليل: اثنان، وقيل: واحد، ولا بد في تقويم السلع والعيوب من اثنين.

تمهيد: الحكم بتردد بين الخبر والشهادة. فرع تصوّرهما، ولا يمكن تميزهما باشتراط العدد في الشهادة، وقبول العبد والمرأة في الخبر، لأن ذلك فرع تميزهما فيلزم الدور، فهذا مقام عزيز يحتاج الفقيه المحصل إلى كشفه، وهو عزيز في صدور الأئمة النبلاء، ومعدوم عند أكثر الفقهاء.

(1) هنا وقعت طفرة في الأصل من الناسخ من لوحة 22 إلى لوحة 32 فعاد الكلام

منسجماً متصلاً ووجب التنبيه.

(2) (د): العباوي.

واعلم أن الشهادة ايضاً خبر، والرواية ايضاً خبر، والفرق بينهما من جهة المخبر والمخبر عنه، قال المازري في شرح البرهان؛ فمتى كان المخبر عنه حكماً عاماً في الأزمان والأشخاص بهذه⁽¹⁾ الرواية، فيتعين قبول الواحد العدل، لعدم اتهامه بقصد اذية الخلق لترتيب⁽²⁾ الحكم عليهم إلى أن تقوم الساعة، ومتى كان خاصاً فيهما فهو الشهادة، كالأخبار عن ثبوت درهم عند زيد، فيشترط فيه العدد للتهمة، ويرد الصداق⁽³⁾ والمرأة لتضرر المعين بالنقيصة مع الاختصاص، فمتى اجتمع العموم والخصوص اختلف العلماء لتردد الحكم بينهما، كالخبر عن رؤية هلال رمضان عام في أهل البلاد، خاص في الأزمان، فجرى الخلاف فيه لذلك، والقائف والترجمان ان لاحظنا فيهما نصيهما⁽⁴⁾ للخلق على العموم من غير اختصاص بمعين، ولا هما تابعان لادعاء خصم، بل الحاكم هو المصرف لهما، كانا من باب المخبرين دون الشهود، وان لاحظنا استئناف أخبارهما عند كل واقعة معينة كانا من باب الشهود، فقد اجتمع فيهما العموم من وجه والخصوص من وجه، وكذلك من ذكر معهما، وكذلك اختلف العلماء في التزكية هل يكفي فيه واحد ام لا؟ إن لاحظنا ان المزكي يحصل مصلحة واحدة لشخص خاص كان شاهداً، أو انه يوجب قبول المزكى على الخلق كافة مع الأزمان كان مُخبراً، ومنهم من جعله من باب الشهادة ان زكى⁽⁵⁾ شاهداً ملاحظة لخصوص الشهادة. ومن باب الخبر ان يزكي راوياً نظراً للعموم، ومن العلماء من قال: التردد واقع بين الحكم والشهادة، لا بين الشهادة والخبر، والحكم هو الخبر الملزم، والشهادة الخبر عن أمر خاص، والرواية خبر عن

(1) (ي) : وهذا الرواية.

(2) (د) لترتب.

(3) (د) العبد.

(4) (د) الى الخلق.

(5) (ي) : ان يرضى.

أمر عام كما تقدم، وهو يظهر في بعض هذه الفروع أكثر⁽¹⁾ من قولنا، فإنك⁽²⁾ اذا اعتبرت القائف والترجان والمقوم والطبيب والبيطار وجدت أقوالهم ملزمة فتندرج في حقيقة الحكم والحكم واحد اجماعا، فيظهر التخريج⁽³⁾ عليه أكثر من الرواية لوجود الإلزام، واذا اعتبرت المزكي والإخبار عن رؤية الهلال ونحوها⁽⁴⁾ تجده عريّا عن الإلزام فيتعذر تخريجه على التردد بين الحكم والشهادة، ويتعين مقال الأصحاب.

البحث الخامس: في صفات اللعان، والنظر في: لفظه، وتغليظه، وسنته⁽⁵⁾.

لفظه، في الجواهر: يتعين لفظ الشهادة، ولا يبدل بالحلف، ولا لفظ الغضب باللعن اتباعا للآية، ويجب تأخير اللعن، وتقوم مقام اللفظ الإشارة والكتابة من الأخرس، ولو قال بعد انطلاق لسانه: لم أرد ذلك، لم يقبل منه، ولو اعتقد⁽⁶⁾ لسان الناطق وهو مرجو البرء انتظر.

التغليظ بالزمان، في الجواهر: يلتنعان دُبُر الصلوات، وقال في كتاب محمد: اي ساعة يرى الإمام، واثر المكتوبة أحب إليّ، وروي عن ابن وهب: كان اللعان عندنا بعد العصر، ولم يكن سنة، بل اي ساعة شاء الإمام، وبعد العصر أحب إلي، وقال عبد الملك: لا يكون مقطع حق إلا بآثر صلاة، فجعله شرطاً كالمكان.

وأما المكان: ففي الكتاب: يلتنعن المسلم في المسجد عند الإمام دبر الصلاة، والنصرانية في كنيستها حيث تعظم وتحلف بالله، والزوج مخير في

(1) (د) كثير.

(2) (د) بانا.

(3) (ي): التخريج.

(4) (ي): وغيرها.

(5) (وسنته) مكانها بياض (ي).

(6) (اعتقد) سقطت من الاصل، ولعلها: اعتقل باللام.

الحضور معها، ولا تدخل هي معه في المسجد لجنابتها، وفي الجواهر: يبعث الإمام للمريض عدولا، ولا يصح اللعان الا في مجلس الحاكم، والتغليظ بالمكان واجب، وبالزمان مستحب، وظاهر قول مالك: الوجوب.

وأما الجمع: ففي الجواهر: يحضر أربعة فأكثر، لقوله تعالى في الزنا ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ (النور: 2). فيحضرون هاهنا بجامع التغليظ، ولأن قطع الأنساب وفساد الأعراس أمر عظيم، فيغلظ في سببه.

وأما سنته: (1) فتخويفها. في الجواهر: يقال للرجل (2): تُب إلى الله عز وجل تحذ ويسقط عنك المأثم، وللمرأة: نحو ذلك، ولكل واحد منهما قبل الخامسة: اتق الله، فعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، وإن هذه هي الموجبة للعذاب، لقوله عليه السلام في مسلم (3) عند الخامسة: (أقيموها. فقال للمرأة: إنها الموجبة).

وفي الاستذكار: ليس للزوج ايقاع اللعان بنفسه دون السلطان اجماعا. تفريع، في الكتاب: يُبدأ (4) بالزوج لأن لعانه سبب عن قذفه فيدراً عن نفسه الحد، وسبب للعانها، لأنه الموجب للحد عليها، لكونه مثل البينة، ولقوله تعالى بعد ذكر لعانه: ﴿وَيَذَرُهَا عَنِهَا الْعَذَابُ﴾ (النور: 8) (فدل على توجه العذاب عليها) (5) وهو الحد، فتشهد أربع شهادات، فيقول في الرؤية: أشهد بالله لرأيتها تزني، وفي نفي الحمل: أشهد بالله

(1) (د) وأما السنة.

(2) (ي): للزوج.

(3) البخاري في الطلاق، باب يبدأ الرجل بالتلاعن، وفي الشهادات، وأبو داود، في الطلاق باب في اللعان، من ابن عباس، ولم يروه مسلم.

(4) (ي): ابتدا.

(5) ما بين القوسين سقط من (د).

لَزَنْتَ، لأن القاعدة: مطابقة البينة واليمين للدعوى، وفي الخامسة: أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين، وتقول المرأة في الرؤية: أشهد بالله ما رأيَني، لأنها مكذبة له، فتُعَيِّن دعواه في لفظها، وفي الحمل: أشهد بالله ما زنيْتُ، أربع مرات، وفي الخامسة: ان غضب الله عليها إن كان من الصادقين، قال ابن يونس: زاد اصبح في حلف الرؤية: تزني كالمرود في المكحلة، وفي حلف المرأة⁽¹⁾ في نفي الحمل، وانه لمنه، وروي عن ابن القاسم في نفي الحمل: أشهد بالله اني لمن الصادقين، ما هذا الحمل مني ولزنت، لنفي احتمال العَصْب، قال اصبح: وإن بدَّل مكان: إن كنت من الكاذبين: ان كنت كذبتها، اجزأ والمرأة في الخامسة: مكان: إن كان من الصادقين: إنه من الكاذبين، اجزأها لاتحاد المعنى، لكن لفظ القرآن اولى، وقال (ح): يخاطبها فيقول: فيما رميتك به وتقول هي: فيما رميتني به.

فرع

قال ابن القاسم: إذا بدئت المرأة لا يُعاد اللعان، لأن دلالة الأيمان على الصدق لا⁽²⁾ تختلف، وقال أشهب: يعاد حتى يكون بعد سببه الذي هو لعان الزوج، وتقدَّم الحكم على سببه يُبطله.

فرع

في الكتاب: يوجب النكول حد القذف عليه، والرجم عليها إن كانت ثيباً، ولا تؤخر إلا في الحمل لحق الولد، وقاله (ش)، وقال (ح): يحبس الناكل منها أبداً حتى يحلف، لأن ضعف اللعان سبب⁽³⁾ يدرأ الحد، لنا:

(1) (د) الرجل نفي الحمل.

(2) ي: ولا تحلف، وهو تصحيف.

(3) (د) سمة.

أن قذف الزوجة لا يوجب غير اللعان، وجوابه: أن اصل القذف الحد حتى يخلص منه باليمين.

فرع

إذا ماتت قبل كمال لعانها، ففي الكتاب: ورثها، وإن مات بعد التعانه فإن امتنعت من اللعان: ورثته ورجعت، والا فلا، قال ابن يونس: قال مالك: إذا وجب اللعان فماتت قبل لعانه لا لعان عليه، وإذا مات قبل تمام لعانه فلا لعان عليها لعدم السبب، وإذا التعنت بعد موته فلا عدة عليها لو فاته⁽¹⁾ وقال اشهب: ترثه، وإن التعنت لتأخير البيونة بعد الموت، قال ابن القاسم: فإن التعنت قبله ثم ماتت فعرض اللعان عليه فإن فعل فلا ميراث ولا حد عليه، والأى ورثها وحُد، وإن كانت التعنت لم أعِد لعانها لحصول المقصود، وقال اشهب: أعيده لتقدم يمين الطالب في الحقوق.

البحث السادس: في ثمرته، في الكتاب: تقع الفرقة، وإن لم يفرق بينها الحاكم لتمام لعانها⁽²⁾ وتحرم عليه للأبد، وإن أكذب⁽³⁾ نفسه لم يحده ولحق به الولد إلا أن ينفي⁽⁴⁾ من لعان الزوجة ولو مرة، فتحد وتبقى له زوجة، وقال (ح): لا يقع الفراق إلا بقضاء الحاكم، وإذا أكذب⁽⁵⁾ نفسه حلت له، وله تزوجها بعد اللعان، وقال (ش): يقع الفراق بلعان الزوج قياساً على سقوط الحد والنسب عنه، وتحرم عليه أبداً، لنا: ما في أبي داود: ⁽⁶⁾ (مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان

(1) (د) لفواته.

(2) (د): فتمام لعانها.

(3) (د): وإن كذب نفسه بنفسه حُد.

(4) (د) إلا أن يبقى.

(5) (د): وإن كذب نفسه ولحق به الولدان متعا من الزوجة ولو مرة.

(6) في الطلاق باب في اللعان والنسائي في الطلاق، وهو رواية من قصة عويمر العجلاني وأصلها في الصحيحين والموطأ عن سهل بن سعد.

أبدًا) ، وترتيب الحكم على الوصف يدل على سببته له ، والمسبب متأخر عن السبب ومرتب عليه ، وينتفي عند انتفائه ، ولو لآعن من نفى الحمل لم تحل له لاحتمال السقط والكتمان .

وفي الجواهر : يتعلق بلعانه ثلاثة أحكام : سقوط الحد ، وانتفاء النسب ، وتوجه الحد عليها ، وبلغانها ثلاثة : سقوط حدها ، والفراق ، وتأبيد التحريم ، وقيل في هذين : يتعلقان بلعانه ، قال ابن يونس : وفُرقتها فسُخ : وقاله (ش) ، وقال (ح) : طلقه بائنة ، لنا : أنها مجبوران على الفسخ فيكون بغير طلاق كالرضاع ، وقبل البناء لا صداق لها ، لأنه فسُخ ، قاله ابن الجلاب ، وقال مالك في الكتاب : نصف الصداق ، لما للزوج فيه من السبب بالقذف ، ولها من الضرورة في ذرء الحد .

فرع

في الجواهر : روي عن مالك : إذا تزوج أمة ثم لاعنها ، ثم اشتراها ، لا تحل له أبدًا كما إذا طلقها ثلاثا ، ثم اشتراها لا تحل له أبدًا إلا بعد زوج ، لأن حل الوطء أصله العقد لا الملك .

فرع

قال : إذا لآعن لانتفاء الحمل فأتت بتوأمين انتفيا ، وله نفى أولاد عدة بلعان واحد ، وتثبت للتوأمين اخوة للأم مع إخوة الأب ، لأن التوأمين لا يكونان الا من ماء واحد ، وقاله (ش) ، وفي الكتاب : إذا ولدت الثاني مع الأول أو بعده لأقل من ستة أشهر ، فهو حل واحد ، إن أقر بأحدهما لحقا به ، وحدا ، وإلاّ فهما حَمَلاَن ، وإن أقر بالأول ونفى الثاني ، وقال : لم أطأ بعد ولادة الأول : لآعن وانتفى الثاني ، وإن اعترف به وقال : لم أطأها

بعد الولادة لزمه، لأن الولد للفراش، وإن قال النساء: الحمل هكذا لم يحْد ولا حُد ولحق به، بخلاف التي تأتي بولد لسته أشهر قبل البناء من يوم العقد، فيقر به وينفي الوطاء يُحْد ويلحق به، كأنه قال: وَلَدَتْ من غيري، ثم أكذب نفسه باستلحاقه، وإن قدم من سفره فولدت ولدًا فالتعن منه، ثم ولدت بعد ستة أشهر، فاللعان الأول ينفي كل وَلَد بعده، فإن ادعى الثاني حد ولحقا به، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا طلق قبل البناء متفقين على عدم المسيس، ثم يظهر حل فتقول: هو منه، لحقه، لأن اتفاقهما لا يسقط حق الولد، ولا يكمل لها صداقها لإقرارها، وقال محمد: يكمل للحقوق الولد، وإن مات قبل انقضاء العدة ورثته إذا كان الطلاق واحدة ولا حد عليها، ولو استلحقه لحق ولم يحْد، وكمل الصداق وله الرجعة، وإن تمادى على إنكاره لَأَعَنَ وزال عنه ولا رجعة له، ولا يكمل الصداق، ويحْد إن لم يلاعن، وإن نكل لحقه، وفي الكتاب: إذا تصادقا على نفي الولد بغير لعان انتفى وحدت، وقال أكثر الرواة: لا ينتفي إلا بلعان لحق الولد، قال ابن يونس: معناه: يلتعن الزوج دونها لإقرارها بالزنا، قال ابن القاسم: وهذا إذا ثبتت على قولها، وإن رجعت قبل اللعان عاد اللعان بينهما، وإن نكَلَ لحق به ولا يحْد، لأنها مقرة، وفي الكتاب: إذا لاعن لنفي⁽¹⁾ الولد، ثم زنت ثم أقر به لحقه ولا يحْد لها، لأنها صارت زانية.

فرع

قال: إذا جنى⁽²⁾ على الجنين بعد نفيه باللعان، أو قتله بالغيرة للأُم ولن يرث الجنين من عصبتها وترثه إذا مات أمُّه وعصبتها. قال ابن يونس: إذا

(1) (د) لينفي.

(2) (جنى) مكانها بياض في (ي).

أقر به بعد الولادة ان كان مُوسراً في مدة الحمل أو بعضها رجعت عليه بالنفقة مدة يساره، وإلا فلا.

فرع

في الكتاب: إذا لَاعَنَ بالرؤية ولم يدع استبراء، فوضعت لأقلَّ من ستة أشهر من الرؤية لحقه، لأنه لم يتعرض لنفيه، ولا ينفعه نفيه بعد ذلك، ولا يجد لتقدم لعانه، ولو قال: كنت استبرأتها ونفاه، كان اللعان الأول.

فرع

في الكتاب: للملاعنة السكنى دون المتعة، لأنها آثرت الفراق فلا تجبر بالمتعة، ولا تنكح حتى تنقضي عدتها.

المانع الخامس: وطء مَنْ لا يجوز الجمع بينها وبين غير الموطوءة لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ (النساء: 23) يعني في الجاهلية، فإنه مغفوء عنه. وفي الموطأ⁽¹⁾، قال عليه السلام: (لا يُجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها). وضابطه: كل امرأتين بينهما من النسب أو الرضاع ما يمنع تناكحهما⁽²⁾ لو قدر أحدهما رجلاً لا يجوز الجمع بينهما في الوطء بعقد ولا ملك. وقاله الأئمة، وقد خَرَجَ بقَيْدي النسب والرضاع: المرأة وابنة زوجها وامه.

(1) كتاب النكاح، باب ما لا يجمع بينه من النساء. عن أبي هريرة، وهو في الصحيحين في كتاب النكاح.

(2) (د) مناكحتها.

تفريع

في الكتاب: إذا تزوج امرأتين⁽¹⁾ من لا يجوز اجتماعهما فسخ الثاني بغير طلاق، ولها المسمى إن دَخَلَ، والمثل إن لم يسم، أو في عقد واحد فسخ وتزوج أيتها⁽²⁾ شاء بعد الإستبراء، ولا يتخير⁽³⁾ بينهما لفساد العقد، قال ابن يونس: قال أشهب في الأول: إن بنى بها ولم تعلم (الأولى وادعيا ذلك حلفتا واخذتا صداقيهما. واقتسما بينهما الميراث واعتدتا عدة الوفاة مع الإحداد في الموت. قال محمد: ومع ثلاث حيض، قال ابن يونس: فإن كانت في العدة أجزأها، قال ابن حبيب: فإن لم⁽⁴⁾ بين فال ميراث بينهما، ولكل واحدة نصف صداقيها، وإن بنى بواحدة معلومة فلها الصداق ونصف الميراث، وللأخرى نصف الصداق (ونصف الميراث، وفي العقد الواحد الميراث والصداق)⁽⁵⁾ للمبني بها دون الأخرى، قال أشهب: إذا نسبت البينة تاريخ العقدين فالزوج مصدق في تعيين الأولى، ويفارق الأخرى بغير طلاق ولا صداق، وإن لم يذكر الزوج فارقهما.

وفي الكتاب: اذا وطئها بملك اليمين ثم تزوج اختها توقف حتى يختار أيتها شاء. وقال عبد الملك: لا ينعقد النكاح لتقدم مانعه، وقال أشهب: عقد النكاح تحريم للأمة، لأن العقد انعقد بالوطء من الملك، فيندفع الملك للتضاد، ولو باعها بعد وطئها ثم تزوج أختها فلم يطأها حتى اشترى المبيعة لم يطأ إلا الزوجة لورود الملك بعد المانع، وإذا وطئ إحدى الأختين بالملك لا يطأ الأخرى حتى تحرم الأولى ببيع أو غيره، ولو باعها ثم وطئ

(1) (ي): امرأة من لا يجوز... وهو محرف.

(2) (ي): ابنتها، وهو تصحيف.

(3) الاصل: ولا يتخير، وهو تصحيف.

(4) ما بين القوسين سقط من (د).

(5) ما بين القوسين سقط من (د).

الثانية ثم اشترى المبيعة تمادى على الأولى ولو لم يطل الثانية حتى اشترى المبيعة تخير فيها، ولو جمعها في الوطء قبل تحريم إحديها خير بينهما، فإن اختار الموطوءة الثانية استبرأها من الماء الفاسد، وتحريم إحديها بالظهار⁽¹⁾ لا يكفي، اذ له الكفارة، وكذلك بيعها من غيره، او ابنه الصغير، أو يتيم في حجره، لتمكنه من النزع⁽²⁾ بالاعتصار أو غيره، أو زواج فاسد، أو بيع فاسد، الا أن يفوت، بخلاف بيعها بعب فإنه ماض حتى يرد، أو إبقاها، أو أسرها من الياسر⁽³⁾ وزاد ابن ابي زيد⁽⁴⁾ في المختصر: اذا دلس بعب في البيع لا يفسده⁽⁵⁾ التحريم، قال ابن يونس: ان اخذها سنة لا يحل اختها، أو سنين كثيرة، أو حياة المخدم حلت، وفي الكتاب: ان تزوجها ثم اشترى اختها فوطئها كف عن الزوجة حتى يحرم الأمة، ولا يفسد النكاح، ولأنه اقعد بجل الوطء وقد تقدم، وان زوج ام ولده ثم اشترى اختها فوطئها، ثم رجعت إليه، أقام على وطء الأمة لسبقه، ولو ولدت الأمة فزوجها ثم رجعت إليه، تخير بينهما لتساوي أمرهما، إلا ان يطلأ اولاهما⁽⁶⁾ رجوعاً، ومن أبان امرأته حلت اختها في عدتها والخامسة، وقاله (ش) لانقطاع الموارثة والعصمة، وانما العدة حفظاً⁽⁷⁾ للأنساب، وقال (ح) وابن حنبل: يحرم، لأن العدة من آثار النكاح، ولقوله⁽⁸⁾ عليه السلام: (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماء في

(1) في (د): وتحريم احديها خير بينهما، فان اختار والظهار... وفيه تحريف.

(2) (د) الزرع وهو تحريف.

(3) (د) مع الباس.

(4) (ي): ابن ابي ليل، وهو تحريف.

(5) (د) لا يفيد.

(6) (ي): احديها، وهو خطأ.

(7) (د) حفظ الانساب

(8) هذا حديث لا أصل له كما قال ابن حجر في (تلخيص الحبير 166/3). والزيلعي في (نصب الراية 168/3) وأشار الى ذلك بقوله: غريب، وهو في اصطلاحه: ما لم يقف له على سند، كما قال قاسم بن قطلوبغا في (منية الأمل).

رحم أختين)، والجواب عن الأول: أن لحوق الولد بعد أربع سنين من آثار النكاح، ولا قائل بالحرمة، وإنما المعتبر: الاختصاص بالزوج (حتى تحصل القطيعة بين الأقارب بالجمع، وعن الثاني: انه مطلق في الأزمان فيحمله على زمان الاختصاص)⁽¹⁾ قبل البينونة، وتحرم في عدة الرجعة اتفاقاً.

فرع

قال: فإن ادعى اعترافها بانقضاء العدة في مدة مثلها فأكذبت⁽²⁾ منع من الأخت والخامسة، لأن الموعول في العدة على قولها، فإن عقد فسخ إلا أن يأتي ببينة، أو بما يعرف به انقضاء العدة، وفي الجواهر: تحرم الأخت بالعق، والكتابة، والتزويج، ودون الحيض، والعدة، والردة، والإحرام، وبيع فيه استبراء أو بعهدة، أو خيار حتى ينقضي ذلك.

تمهيد: الأختان بملك اليمين حرهما قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ وأحلها قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ وليست احداهما أخص من الأخرى حتى تقدم عليها، لأن الأولى تتناول المملوكتين والحرتين فهي أعم من الثانية، والثانية تتناول الأختين وغيرهما فهي أعم من الأولى، فيكون كل منهما أعم وأخص من وجه، فيستويان، ولذلك قال عثمان رضي الله عنه: أحلتها آية، وحرمتها آية، والترجيح للجماعة من ثلاثة أوجه: احدها: أن الأولى سيق للتحريم، والثانية سيق للمدح لحفظ الفروج، والقاعدة: أن الكلام اذا سيق لمعنى لا يستدل به في غيره، فلا تعارض الأولى، وثانيها: أن الأولى لم يُجمع على تخصيصها، والثانية أجمع على تخصيصها بما لا يقبل الوطء من المملوكات، وبما يقبل،

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) فأكذبت (سقطت من (ي).

لكنه محرم، وغير المخصوص ارجح، ثالثها: أن الأصل في الفروج التحريم، حتى يتيقن الحل فتترجح الأولى.

فرع

قال صاحب المنتقى: وكما يحرم الجمع في الوطء فكذلك النظر بلذة للمِعصَم والصدر قياساً على ما سَوَّى الشرع فيه بين الوطء والنظر للذة.

فرع

قال صاحب النكت: قال بعض شيوخنا: اذا تزوج أختاً على أخت عالمًا بالتحريم ووطىء، حَدٌّ إلا أن تكونا اختين من الرضاع، لأنه بالسنة، وهو أصل كل محرم بالسنة.

فرع

قال: واذا قالت في عدة الرجعة: انحبس الدم عني حرمت الأخت والخامسة⁽¹⁾، وصدقت إلى سنة، لظهور الحمل بعد ذلك فينظر إليه النساء.

المانع السادس: حصول أربع في العصمة، ففي الجواهر: تمتنع الزيادة على الأربع للحر والعبد، لقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ (النساء: 3) ومعنى: مثنى عند العرب: اثنين⁽²⁾ اثنين غير منحصر، ومعنى ثلث: ثلاث⁽²⁾ غير منحصر. وكذلك رُبَاع إلى عُشَار، جعلت هذه الصيغة عوض التكرار، فيكون معنى الآية:

(1) (ي): ولا بخامسة

(2) (ي): اثنين اثنين اثنين، وفيه زيادة.

(3) (ي) ومعنى ثلاث: ثلاث ثلاث، وهو الصواب.

إما اثنين أو ثلاث أو أربع، فظهر غلط من أباح التسع بناء على ضم الاثنين إلى ما بعدها.

تمهيد: أباح الله تعالى الزواج في التوارة غير منحصر⁽¹⁾ حفظاً لمصالح الرجال دون النساء، وحرّم في الانجيل الزيادة على الواحدة حفظاً لمصالح النساء دون الرجال، وجمع في هذه الشريعة المعظمة بين مصالح الفريقين، وأما مضارة المرأة بثلاث، فلأن الثالثة من مستثنيات القواعد، تباح من الإحداد ثلاث، ومن الهجرة ثلاث، ومن الخيار ثلاث، ومن العهدة ثلاث، وهو كثير، قال وروى ابن وهب: تحرم الثالثة على العبد، وقاله (ش) قياساً على طلاقه وحدوده، وجوابه: أن التشطير خاص بالعذاب للآية⁽²⁾، وهما عذاب، وهذا تعميم فافترقا، وتحل الخامسة بطلاق إحدى الأربع طلاقاً بائناً، خلافاً لـ (ح) وابن جنبل، وتقدم تقريره في تحريم الجمع دون الرجعي لبقاء العصمة، وإن عقد على خمس بطل العقد.

فرع

قال صاحب النكت: إذا كانت إحدى الأربع بدار الحرب فطلقها لا تحل له الخامسة إلا بعد خمس سنين من يوم خرج، لاحتمال أن تكون حاملاً، وتأخر حملها خمس سنين فإن طلقها بعد خروجه بسنة، انتظر أربعاً أو بعدها بأكثر من ذلك فثلاث لاحتمال أن تكون عدتها بالحيض ويفرق⁽³⁾ الحيض في ثلاث سنين، فلا بد من كمال سنة لا حيض فيها، أو تكمل ثلاث حيض.

(1) (ي): غير محصور.

(2) (ي): ثلاثة، وهم، وهو مصحف.

(3) (د): والتفريق.

المانع السابع: استيفاء عدد⁽¹⁾ الطلاق ثلاثا للحر، واثنان للعبد لتعذر تشطير طلقة لقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروفٍ أو تسريحٌ بإحسانٍ﴾ (البقرة: 229) أي الطلاق الرجعي لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ (البقرة: 230) وهذه ثالثة، لذكرها⁽²⁾ بعد اثنتين.

والطلاق عندنا معتبر بالرجال، لأن تعلق الفعل بفاعله أكد من تعلقه بغيره، فطلاق العبد: اثنان، ولو كانت امرأته حرة، والحر: ثلاث وإن كانت امرأته أمة، وقال (ح): معتبر بالنساء، فللحرة ثلاث تطليقات كيف كان زوجها (والأمة اثنان كيف كان زوجها)⁽³⁾ لما يروي⁽⁴⁾ عنه عليه السلام: (طَلَّاقُ الْأُمَةِ طَلِّقَتَانِ، وَعَدَّتْهَا حَيْضَتَانِ).

تنبيه: لما كان مطلوب⁽⁵⁾ الزواج الإعفاف⁽⁶⁾ وتكثير النسل، عاقب الله تعالى المطلق ثلاثاً باحتياجه إلى وطء غيره لامرأته لصعوبة ذلك على المرأة.

فائدة: يقال: كل نكاح في كتاب الله تعالى، فالمراد به: العقد إلا هذه الآية، المراد منها الوطء مع العقد.

قواعد: (حتى) للغاية، فيثبت بعدها نقيض ما قبلها، والمرأة لا تحل بوطء الثاني، بل حتى تطلق وتعتد ويعقد الأول، فهل ترك مقتضي الآية⁽⁷⁾ أو هو باق؟ فنقول: التحريم يتضاعف بسبب اجتماع الأسباب كالزنا

(1) (ي): عدة، وهو تحريف.

(2) (ي): لتكررها.

(3) ما بين القوسين سقط من (د).

(4) الترمذي في الطلاق، باب ما جاء أن طلاق الأمة تطليقتان، ونحوه عند أبي داود وابن ماجه في الطلاق، عن عائشة، وهو ضعيف. وصح موقوفاً بمعناه على عبدالله بن عمر في (الموطأ) في الطلاق بسند صحيح.

(5) (مطلوب) ساقط من الاصل.

(6) (ي): الإعقاب، وهو تصحيف.

(7) د: الغاية.

بمحرم⁽¹⁾ وبالألم أشد، وبها في الصوم أشد، ومع الإحرام اشد، وفي الكعبة كذلك، هذه محرمة لكونها أجنبية، ومطلقة ثلاثاً، والمعنى انما هو تحريم الثلاث، وهو يرتفع بوطء الثاني، ويبقى تحريم الأجنبية وكونها زوجة للغير، فإذا طلقها ارتفع كونها زوجة للغير وبقي كونها اجنبية، فإذا عقد حلت مطلقاً.

تفريع: في الكتاب: اذا لم يحتلم وهو يقوى على الوطء لا يُحل ووطؤه المرأة ولا يحصن، ولا مهر ولا عدة، وتحرم على آبائه وعلى ابنائه، لأن الخروج من الحرمة إلى الحل يتوقف على أعلا المراتب، وكذلك العبد ياذن سيده، والخصي القائم الذكّر، والمجنون⁽²⁾ والمجبوب اذا لم يعلم بهم، لأن لها الخيار، وان علمت: أحلوا وحصّنها لسقوط خيارها، ولا يحل المجبوب⁽³⁾ ولا يحصن لعدم الوطء، قال ابن يونس: قال اشهب: إذا وطئها المجنون في جنّه بعد علمها، لا يُحلها ولا يحصّنها لنقصانه عن الكمال، والصحيح: يُحل المجنون ويحصّنها، لأن الوطء للرجل، وإنما المرأة ممكنة، قال ابن يونس: قال بعض شيوخنا: وسواء كان مقطوع الحشفة ام لا، وهو ظاهر الكتاب، وقال اشهب: اذا اختار السيد أحل وطء العبد، وقال ابن حبيب: اذا أدخلت حشفة الشيخ بيدها وانتعش بعد الإدخال أحلها والا فلا، وإن أنزل خارج الفرج فدخل الماء إليه فأنزلت لا يُحلها لعدم النكاح، وفي الجواهر: قيل: لا يُشترط الانتشار، ويكفي من مقطوع الحشفة مقدارها، ويشترط علم الزوجة بالوطء دون علم الزوج عند ابن القاسم، لقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ ولم يقل: حتى ينكحها زوج غيره، ولأنه أوقع في أدب المطلق، وعكس اشهب، لأن الإحلال من فعل الزوج، فوطء المجنون يحل عند ابن القاسم دون أشهب، فلو كانت

(1) في النسختين: محرم.

(2) (والمجنون) ساقط من (ي).

(3) (ي): المجنون.

هي المجنونة حلت عند أشهب دون ابن القاسم، وقال عبد الملك: (1) تحل في الحاليين نظرًا لحصول الوطء.

فرع

في الكتاب: اذا ادعت الوطء وأنكره لا يُحد. وقال ابن القاسم: لا أمنع المطلق منها خشية ان يكون انكاره إضراراً، قال اللخمي: إن لم يعلم التحليل الا من قولها (2) لا يقبل في الأمد القريب، ويقبل في الأمد البعيد إن كانت مأمونة، قال محمد: لا يقبل في غير المأمونة، وقال ابن عبد الحكم: يقبل اذا طال بحيث يمكن موت شهودها وهي كالغريبة، واما الطارئة فتدين (3) لتعذر ذلك عليها إلا ان يقرب الموضع، وللملك قول ثالث: ان قالت ذلك بقرب طلاقها لم تحل، أو بعد الطول عند إرادة الرجوع لم تصدق، وفي الجواهر: قال ابو الطاهر: كل موضع تصدق فيه على الزوج في دعوى الوطء صدقت في الإحلال، ومالا فلا، وقال صاحب المنتقى: قال ابن وهب: ان ذكر ذلك عند الفراق لم يحلها ذلك، وفي الكتاب: لو مات قبل الدخول وتوهم الدخول، لم تحل حتى يعلم الدخول، لأنه السبب، وردته لا تبطل الإحلال المتقدم عليها، ولا الحاجة إلى الإحلال، بخلاف الإحصان، والظهار، واليمين بالله تعالى، والعتق، وقال غيره: لا يسقط ذلك، والفرق للمذهب: أن هذه كفارات وأمور في الذمة فتسقط كالكافر الأصلي لا تقبل ذمته بعد توبتها بعد الإسلام، والإحلال (4) وتحريم المبتوتة سببان شرعيان لا يوجبان شيئاً في الذمة، بل

(1) (ي): لا تحل.

(2) الا من قوله.

(3) كذا في (د) ومكانها في (ي) بياض.

(4) بعد الاسلام والاحرام، ولتحريم المبتوتة بسببان.

إذا أسلم قلنا له: تحرم عليك هذه حتى تتزوج، لا أن نلزمه⁽¹⁾ شيئاً، وتحل للمطلق هذه بوطئك، قال اللخمي: قال محمد: يسقط الإحلال والإحصان بردها بخلاف رده، لأنه فعل فعله في غيره، فلا يبطل برده كالعتق، قال اللخمي: لو ارتدّا ثم رجعا جاز أن يتناكحا قبل زوج عند ابن القاسم، لأنها عنده كالحريين، وعند غيره: لا يجوز، لأنها يعودان على ما كانا عليه، وإن ارتد المحل خاصة: قال ابن القاسم: لا يحل، وقال غيره: يحل، وفي الكتاب: لا يحل إلا العقد الصحيح الذي لا اختيار لأحد فيه مع مغيب الحشفة، وما فيه خيار: فالوطء بعد الخيار، لإستقراره حينئذٍ، وباشتراط الوطء قال الأئمة، خلافاً لسعيد بن المسيب، لما في مسلم⁽²⁾ (ان رفاعة القرظي تزوج امرأة ثم طلقها فتزوجت آخر فأتى النبي عليه السلام فذكرت أنه لا يأتيها وأنه ليس معه إلا مثل هُدبة الثوب، فتبسم عليه السلام وقال: أتريدن أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك، يريد (بعسيلته إيلاج الحشفة، واشترط بعض العلماء الإنزال، ولم يشترط الشافعي الانتشار، وبعسيلتها)⁽³⁾ مباشرة فرجها بالحشفة، ومقتضى هذا الحديث: اشتراط علمها وبلوغها، وجوز (ش): المراهق والصغير لما جبلت عليه الطباع من لذة المباشرة ولو صغر السن، وقياساً لإحلال الصغير على إحلال الصغيرة والمبتوتة، وجوز (ح): المراهق، ومنعه مالك لأنه خلاف المفهوم من الحديث، قال اللخمي: وعلى أحد قولنا مالك في المراهق: يُحَد في الزنا: يُحَل⁽⁴⁾ وفي الكتاب: وطء الحائض أو أحدهما معتكف، أو صائم رمضان، أو محرم: لا يُحَل ولا

(1) (د) لا ما الزمنا.

(2) في النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح الخ. عن عائشة، ورواه البخاري في الطلاق، باب إذا طلقها ثلاثاً ثم تزوجت بعد العدة زوجاً غيره فلم يمسها. والهدية: طرف الثوب كتبت عنه عن استرخاء ذكره.

(3) ما بين القوسين سقط من (د).

(4) (د) يحلل.

يحصن، واشترط⁽¹⁾ (ش): حل الوطء، ولا يحل وطء النصراني النصرانية إلا ان يطأها بعد اسلامه، قال اللخمي: وقال ايضا: يحللها النصراني، وهو أصوب، لاندراجة في عموم الأزواج.

فرع

قال صاحب البيان: إذا تزوجها من حلف ليتزوجن على امرأته لتبر يمينه: فثلاثة أقوال: قال ابن القاسم: يحللها، لأنه لم يعزم على التحليل، وقال أيضا: لا يحللها، كانت تشبه أن تكون من نسائه أم لا، لأنه لم ينو الإقامة بل الخروج من يمينه، فأشبه المحلل، وقال ابن كنانة: إن كانت تشبه أن تكون من نسائه حلت والا فلا.

قاعدة: كل متكلم له عُرف في لفظه: إنما يحمل لفظه على عُرفه، ولذلك تُحمل عقود كل بلد على نقده، ووصاياهم وأوقافهم ونذورهم على عوائدهم، والشرع له عُرف في النكاح، وهو: المجتمع للأسباب والشرائط والانتفاء للموانع، فحملنا قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ عليه، فخرج العقد الفاسد، والوطء المحرم، وإن صحَّ العقد، ووطء النصراني لفساد عقده، وفي الكتاب: لا يحلل إلا نكاح الرغبة غير المدلسة، قيل لمالك: إنه يحتسب ذلك، قال: يحتسب في غير هذا، لقوله عليه السلام في الترمذي⁽²⁾: (لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلَّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ) واللعنة دليل التحريم، وسببه في المحلل: ما فيه من دناءة المروءة من عزم الإنسان على وطء امرأة لتمكين غيره من وطئها بعد⁽³⁾ صيرورتها فراشا له ومنسوبة

(1) (م) ولم يشترط (ش).. وهو الصواب حسبا في كتاب (الفقه على المذاهب الأربعة 77/4).

(2) في النكاح، باب ما جاء في المحلل والمحلل له، عن علي وجابر وابن مسعود، ورواه ابو داود في النكاح، باب في التحليل، والنسائي والدارمي في سنتيهما في الطلاق وابن أبي شيبة في (المصنف) وأحمد في (المسند 448/1، 492) وهو صحيح.

(3) (ي): بغير.

إليه، وفي المحلل له، مع أن القاعدة امتناع مؤاخذة الإنسان بفعل غيره، اما لاستباحته بهذا التحليل الفاسد إن فعل، واما لأن طلاقه ثلاثاً محرم، وهو المخرج إلى هذا. وإما أن يُحمل على ما إذا اشترط التحليل، واللعن يدل على فساد العقد فيفسخ ابداً ولا يحلل، مع ان صاحب القَبَس قال: لم يصح هذا الحديث.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: الوطاء الحرام يحلل ويحصن، وقال المغيرة يحصن، لأن الإحصان يرجع إلى وجوب الرجم، والمعصية تناسب العقوبة، ولا يحلل لأن الإحلال نعمة تنافياها المعصية، والوطء في صوم التطوع وقضاء رمضان ونذر أيام معينة⁽¹⁾ يُحل ويُحصن عند مالك واصحابه لحصول العسيلتين، وتوقف ابن القاسم في صوم التطوع، قال مالك: ان نوى امساكها إن أعجبته، والا حلها⁽²⁾ لا يحل لمشاركة نية التحليل، ووافقنا ابن حنبل على فساد العقد اذا اشترط عليه التحليل مع العقد او قبله او نواه، وقال (ش) و(ح): يحل اذا نواه من غير شرط، وجوز (ح): نكاح المحلل والإقامة عليه، بل قال بعض الحنفية: ذلك قرينة بالإحسان للمطلق، لَنَا عليهم: ما تقدم، قال مالك: ولا يضر إرادة الزوجين التحليل إذا لم يعلم المحلل، لأن الإحلال بالوطء والطلاق من جهته دونها، قال مالك: يفسخ نكاح المحلل بطلقة ابداً، وله نكاحها بعد ذلك، وتركه أحب إليّ، ولها صداق مثلها بالميسر، وقال ايضا: المسمى، وان ردها زوجها بدليل النكاح الفاسد فسخ بغير طلاق، قال صاحب المنتقى: اذا عقد المحلل للتحليل يفسخ قبل البناء وبعده بطلقة بائنة عند محمد إذا ثبت ذلك بإقراره، ولو ثبت بعد البناء اقراره قبل البناء فليس بنكاح، قال: وعندي يجري فيه الخلاف في فساد العقد، ويجب عليه

(1) (ي): غير معنية.

(2) (ي): لئنها.

ان يعلم الاول بقصده للتحليل حتى يمتنع، واذا اشترى المبتوتة لا تحل له،
وقاله الأئمة، لأن الآية اشترطت النكاح وهو ظاهر في التزويج دون
الملك.

المانع الثامن: الكفر.

وفيه خمسة فصول:

الفصل الأول: فيما يحل، وفي الجواهر: الكفار ثلاثة أصناف: الكتايون،
يحل نكاح نسائهم، وضرب الجزية عليهم، وإن كرهه في الكتاب لسوء تربية
الولد، ولأمر عمر رضي الله عنه الصحابة بمفارقة الكتاييات ففعلوا. الاحذية،
وقاله ابن حنبل، وأجازه (ش) من غير كراهة، لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ
الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ (المائدة: 5)
والمراد بالمحصنات ها هنا: الحرائر.

والزنادقة والمعتلة لا يُنَاكَحُوا، ولا تُؤْخَذُ منهم الجزية، والمجوس: لا
يناكحوا، وتؤخذ منهم الجزية لمفهوم الآية المتقدمة، ولقوله⁽¹⁾ عليه السلام:
(سَنُوا بِهِمْ سَنَةَ أَهْلِ الْكِتَابِ غَيْرَ آكِلِي اطْعَمْتَهُمْ وَلَا نَاكِحِي نَسَائِهِمْ)
وبهذه الجملة قال الأئمة، وقيل: يحل نكاح حرائر المجوس نظراً لأنهم لهم
كتاب وعقد⁽²⁾. وهذا لا عبرة به، فإن الوثنيين من ولد إسماعيل، والمعتبر
إنما هو حالتهم الحاضرة، قال اللخمي: لا يجوز وطء الوثنيات بنكاح ولا
ملك، لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يَؤْمِنَ﴾
(البقرة: 221) وقيل: الصابئون من النصارى، والسامرية من اليهود،
وقيل: ليسوا منها، فيجوز نكاحهم على الأول دون الثاني.

(1) رواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما، في النكاح، والبيهقي في (السنن الكبرى)

عن الحسن بن محمد (ابن الحنفية) بن علي، مرسلًا بسند ضعيف كما قال ابن حجر في
(تلخيص الحبير 172/3). وروى مالك في (الموطأ) كتاب الزكاة، باب جزية أهل الكتاب
والمجوس، شطره الأول (سنوا بهم سنة أهل الكتاب) بسند منقطع، عن عبد الرحمن بن
عوف، انظر: (غوث المكذوب، لتخريج منتقى ابن الجارود 352/3).

(2) د: ومك.

تمهيد: قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتِ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ الآية متأخرة النزول عن قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾ فأبيحت الأمة الكتابية قياساً على الحرائر بجامع الشرف بالكتاب، وتسوية بين المناكح والأطعمة، وقيل: المشركات خاص بالوثنيات، وإن اشرك اليهود بعزير، والنصارى بعيسى عليها السلام، لقوله تعالى: ﴿لَمْ يَكُنْ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ﴾ (البينة: ١) فباين بينهم في آيات كثيرة من الكتاب.

تنبيه: لما تشرف اهل الكتاب بالكتاب، ونسبتهم إلى المخاطبة من رب الأرباب، أبيع نساؤهم وطعامهم، وفات غيرهم هذا الشرف بجرمانهم (وأما الأمة الكتابية: فلا، لأن الله تعالى حرم الأمة المؤمنة الا بشرطين: صيانة للولد عن الرق)^(١)، والأمة الكافرة تجمع بين الإرقاق، وتلقين الكفر، وتغذية الخمر والخنزير، فحرمت مطلقاً، وقاله (ش) وابن حنبل، وأجازها (ح) تسوية بين الحرائر والإماء، عكسه المجوس، والفرق عندنا: اجتماع المفسدتين.

فرع

في الكتاب: توطأ الأمة المجوسية الصغيرة اذا أجبرت على الإسلام وعقلت ما يقال لها، وفي الباب^(٢): توطأ الأمة الكتابية بالملك، وقاله الأئمة، ولا يمنع نصراني من نكاح مجوسية^(٣)، ولا مجوسي من نصرانية، لأن لا نتعرض لهم.

(١) ما بين القوسين سقط من (ي).

(٢) (وفي الباب) سقطت من (د).

(٣) (د) ولا مجوسية، كذا ولعله سقط بعدها: من نصراني.

فرع

قال⁽¹⁾: الولد تبع للوالد في الدين والحرية، ولأتمه في الملك والجزية، لأن الأديان إنما تقوم بالنصرة. وهي بالرجال أليق، والرق مهانة واستيلاء، وهما بالنساء أنسب، قال ابو الطاهر: وقيل: يتبع الأم كيف كانت قياساً على الرق والحرية، وقيل: أحسنها ديناً تغليباً للإسلام، وقاله (ش)، وما وُلد للمرتد بعد رده هل يكون كَوَلَد الكافر في السبي والرق والجبر على الإسلام أو يجبر على كل حال؟ قولان، وإذا قلنا ببقائهم، فهل نفقتهم على آبائهم؟ قولان، كالقولين في نفقات الزوجات إذا أسلمن، ورجح ابنُ محرز: النفقة على الأب لوجوب سببها وهو القرابة. وفي الكتاب: إسلام الأب إسلام لصِغار بنيه، وإذا زوج النصراني ابنته الطفلة⁽²⁾ من كتابي، ثم أسلم الأب وهي صغيرة، فسُخ نكاحها، وكذلك الطفل لو كانت المرأة مجوسية، يعرض عليها الإسلام، فإن أبت فرق بينهما ما لم يتطاول، وإن كان الولد مراهقاً ابن اثنتي عشرة سنة حالة الإسلام، فلا يجبر عليه إلى البلوغ، فإن أقام على دينه لم يعرض له لاستقلاله على التمييز، وإن ترك الأطفال حتى راهقوا: فإن أبوا الإسلام (لم يُجبروا، لأنها حالة تأبى التبعية، وقال بعض الرواة: يجبرون نظراً لحالة الإسلام)⁽³⁾ وهو أكثر مذاهب المدنيين.

فرع

قال: لو مات أبو المراهق، وقف المال إلى أن بلغ وأسلم، ورث والا فلا، ولو أسلم قبل احتلامه لم يتعجل ذلك حتى يحتلم، لأنه لو رجع لم

(1) (ي): تحال والولد.

(2) (ي): العاملة

(3) ما بين القوسين سقط من (د).

يقتل، وقيل: يقتل، وله الميراث ولو رجع ضرب حتى يسلم أو يموت، قال مالك: ولو قال الولد: إني لا أسلم اذا بلغت لا يعتبر ذلك.

الفصل الثاني، في أنكحتهم، وهي - عندنا - فاسدة، وإنما الإسلام يصححها، خلافاً لابن حنبل، وفي الكتاب: لا يبطأ الذمي مسلمة بنكاح ولا ملك، وليقدم⁽¹⁾ في ذلك إلى الذمة، ويعاقبون بعد التقدم، ولا يحدون، ويعفى عن الجاهل، وتباع الأمة عليه نفياً لاستيلاء الكفر على الإسلام، ويفسخ النكاح، وإن أسلم الزوج لفساد العقد. قال ابن يونس: وتُحد المسلمة إن لم تعذر بجهل، كما قال في كتاب محمد، اذا تزوج مجوسية عالماً بالتحريم حدّ، قال اللخمي: وطلاقهم غير لازم، لأن فيه حقاً لله تعالى، وهو ساقط مع الكفر، وحق للمرأة وهو في معنى هبتها نفسها، ونحن لا نجبرهم على الوفاء بالهبات، وكذلك القول في العتق، فإن جارت⁽²⁾ المرأة نفسها والعبد نفسه لم يمكنا من الرجوع، وان امتنعا ما لم يضرب على العبد الجزية، فلا يمكن من الرضا بالرق، وفي الجواهر: اذا طلقها ثلاثاً ثم أبانها عنه مدة لم يحتج بعد الإسلام لمحلل، قال صاحب النكت: قال بعض شيوخنا: إذا رضى بحكم الإسلام فحكمنا الثلاث ليس له ردها للزوجية⁽³⁾ قهراً لأجل حكمنا، وله ذلك برضاها، لأن طلاق الكفر غير لازم، قال الشيخ أبو الحسن: واذا أسلم له ردها قبل زوج، وفي الكتاب: طلاقهم غير لازم، وإن رفع إلينا لا يحكم به إلا⁽⁴⁾ برضا الزوجين بحكمنا، قال ابو الطاهر: اذا رضى بحكمنا: ففي اعتبار رضا أساقفتهم قولان، نظراً لدخول ذلك في عهدهم أم لا، واذا حكمنا في الطلاق، فلمتأخرين أربعة أقوال: يُحكم بالثلاث ان أوقعها، أو

(1) (د): ويتقدم ذلك إلى الذمة.

(2) (ي): حارت، ولعلها: حررت

(3) (ي): بالزوجية بهذا.

(4) (د): الا أن يتراضيا الزوجان بحكمنا.

بتطليقة، أو بالفرقة في الجملة، أو تُعتبر أنكحتهم إن كانت على الوضع الشرعي⁽¹⁾ حكمنا بالطلاق والا فبالفراق مجملا، وفي الكتاب: الأفضل: عدم الحكم بينهم، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاؤُوكَ فَأَحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ (المائدة: 42) ولو تزوج ذمي امرأة غيره منع⁽²⁾، لأنه من باب التظالم.

الفصل الثالث: في إسلامهم، وفيه أربعة أبحاث،

البحث الأول: فيما يثبت من عقودهم بعد الإسلام، قال ابن يونس: وهي - عندنا - فاسدة، وإنما الاسلام يصححها، وفي الجواهر: لا نفرهم على ما هو فاسد عندهم إلا أن يكون صحيحا عندنا، ولو اعتقدوا غضب امرأة أو رضاها بالإقامة مع الرجل من غير عقد أقرناهم عليه، وقاله (ش)، والضابط: أن كل مفسد يدوم كجمع الأختين، أو لا يدوم لكن أدركه الإسلام، كالزواج في العدة فيسلم فيها فهو مبطل، وما لا فلا، وقال (ش) وابن حنبل: عقودهم صحيحة.

تنبيه: واعلم أن قولنا: أنكحة الكفار فاسدة، مشكل، فإن ولاية الكافر للكافر صحيحة، والشهادة عندنا ليست شرطا في العقد حتى نقول: لا تصح شهادتهم لكفرهم، ولو قلنا: إنها شرط واشهد أهل الذمة المسلمين، فينبغي التفصيل، أما القضاء بالبطلان على الإطلاق فلا، وغاية ما في الباب: أن صداقهم قد يقع بما لا يحل، وكذلك المسلمون، وتختل بعض الشروط أو كلها أحيانا، وكذلك المسلمون، فكما لا يقضى بفساد أنكحة عوام المسلمين وجهاً لهم من أهل البادية وغيرهم، بل نُقْصِل ونقول: ما صادف الشروط فهو صحيح، سواء أسلموا أم لا، وما لم يصادف فباطل،

(1) (ي): استرعي.

(2) (منع) سقطت من (ي) وهي ضرورية.

أسلموا أم لا، وعلى هذا كان ينبغي ألا يُخَيَّر بين الأم وابنتها إذا أسلم عليها، بل نقول: ان تقدم عقد البنت⁽¹⁾ صحيحا تعينت، وكذلك لا نخيره إذا اسلم على عشر نسوة، بل نقول: ان وقع اربع منها اولا على الصحة تعين، وكذلك يليق⁽²⁾ إذا حكمنا بفسادها جملة أن لا نفرق⁽³⁾ بين الموانع الماضية وما بقي مقارنًا للإسلام إذ الكلُّ فاسد، وقد أقر عليه السلام مَنْ أسلم على نكاحه، ففي ابي داود⁽⁴⁾ (انه عليه السلام رَدَّ ابنته زَيْنَب على ابي العاصي بالنكاح الأول ولم يحدث شيئاً) وفي الكتاب: لا يثبت من شروطهم بعد الإسلام الا ما يثبت للمسلم، وترد إلى ما يجب في الإسلام، ولا يفسخ النكاح بما لا يجيزونه⁽⁵⁾، وإن كان يفسخ للمسلم قبل البناء، لأن الإسلام يقرّر عقودهم، وإذا تزوجها بخمر او خنزير أو بغير مَهْر لاستحلالهم ذلك ثم أسلَمَا بعد البناء ثبت النكاح، فان كانت قبضت ذلك الخمر قبل البناء فلا شيء لها غيره، لأنه من أموالهم حينئذٍ، والا فلها صداق المثل (وان لم يبين لها حتى اسلما قبل القبض، او قبضت، خير بين صداق المثل)⁽⁶⁾ أو الفراق، لأننا لا نبيح وطئها بغير صداق، والفراق بطلقة واحدة كنكاح التفويض في الإسلام، وقال غه: إذا قبضت لا شيء لها لأنه من أموالها حينئذٍ، كما لو باعت خمرًا حينئذٍ، قال ابن يونس: إذا قبضت نصفه: كان لها نصفُ صداق المثل، وعلى هذا الحساب إذا بَنَى، وإلا فلها الامتناع حتى تأخذ صدَاقَ المثل، وهذا كله إذا أسلما، أما إذا أسلمت دونهُ فُسِخَ النكاح ولا شيء له عليها فيما قبضت

(1) (ي): الام.

(2) (ي): وكان ينبغي إذا حكمنا...

(3) (ي): ان نفرق.

(4) في الطلاق، باب إلى متى ترد عليه امرأته إذا أسلم بعدها، عن ابن عباس، ورواه الترمذي في النكاح، وهو حسن.

(5) (ي): بما يجيزونه.

(6) ما بين القوسين سقط من (د).

من خر أو خنزير تغليياً للكهها، وقيل: عليها قيمة المقبوض، وإن كان قائماً، وتُراق الخمر، ويقتل الخنزير، لأنها منعت منه بإسلامها، قال ابن القاسم: ولو أصدقها ثمن خر فلها قبضه بعد إسلامها، ولو أصدقها ديناً له ربا فأسلم قبل القبض فلا شيء له إلا رأس المال، لأنه الذي يستحقه، ولو كان درهمين وأصلها برباها ثلاثة دراهم، نظراً لأصلها، قال اللخمي: إذا أسلم قبل البناء والصدّاق خر، فأربعة أقوال: ما تقدم، وقال أشهب: يعطيها ربع دينار، والا فسخ، وقال ابن عبد الحكم: قيمة الخمر، وإن أسلمت قبل البناء بعد قبض الخمر: قال ابن القاسم: ترد قيمة الخمر قاتت أم لا، وتكسر عليها، وقال أيضاً: لا شيء عليها، لأنها مستهلكة شرعاً، قال: وأرى ردّه خيراً لأن بانفساخ النكاح يصير ملكاً للزوج.

فرع

في الكتاب: إذا أسلم مجوسي أو ذمي وتحتة مجوسية عرض عليها الإسلام، فإن أبت وقعت الفرقة، وإلا بقيت زوجة ما لم يبعد بين⁽¹⁾ إسلامها من غير تحديد، والشهر ونحوه قليل، فإن أسلمت المرأة بعد البناء فلا يعرض عليها الإسلام، ولكنه إن أسلم في عدتها كانت له، والا فلا، قال صاحب الاستذكار: قال مالك في الموطأ⁽²⁾: تقع الفرقة إذا امتنعت الوثنية أو المجوسية في الحال، وقال (ش): ينتظر إسلامها في العدة، لأن أبا سفيان أسلم وأسلمت إمرأته بعده بأيام، ورد عليه⁽³⁾ السلام ابنته زينب على أبي العاصي بالنكاح الأول ولم يحدث شيئاً بعد ست سنين، وقيل: بعد سنتين وعُتِل ذلك باحتمال تأخر الحيض بقوله تعالى: ﴿وَبَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ (البقرة: 228) أي في العدة إجماعاً، وجوابه: أن

(1) (ي): بعد إسلامها.

(2) في كتاب النكاح، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله، ولفظه: قال مالك: وإذا أسلم الرجل قبل امرأته وقعت الفرقة بينهما إذا عرض عليها الإسلام فلم تسلم لأن الله تعالى يقول: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفَرِ﴾.

(3) تقدم تخريجه آنفاً.

قصة زينب قبل نزول الفرائض، مع أنه ردها بنكاح جديد، وهو مقدم على الأول، لكونه زيادة على النفي، ويحمل قوله: (ولم يحدث شيئاً) على مثل الصداق الأول، والأخبار الكثيرة الواردة في إسلام الوثنيين معارضة لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ (المتحنة: 15) وقال (ح): إن لم يسلم زوجها بعدها فرق بينهما في الحال إن كانا في دار الإسلام، وإن كانا في دار الحرب بقيت الزوجة حتى تقضي العدة، وحمل القصص المذكورة على ذلك، وإن أسلمت المجوسية قبل انقضاء العدة فبها زوجان، والا فلا⁽¹⁾، وقال ابن حنبل: تقع الفرقة في الحال مطلقاً، والصواب: أن المعتبر اختلاف الدين لا اختلاف الدار، وقبول الإسلام على القرب كما قال في المدونة، وفيه جُعِّ بين الكتاب والسنة الواردة، قال صاحب النكت: قال بعض شيوخنا: إذا أسلم مجوسي قبل البناء لا تبقى زوجته إلا أن يسلم بالقرب جداً، ويُعرض الإسلام على ابوي الصغيرة كعرضه على الكبيرة لأنها تسلم تبعاً لها، فإن لم يكن لهما أبوان بقي الأمر موقوفاً حتى تعقل، وإن كانا لا يتوارثان، لعدم تعيين سبب الفسخ، قال ابن يونس: في كتاب محمد: إذا أسلم لا يفرق بينهما حتى تنقضي العدة، وروى ابن القاسم: اليومين والثلاثة، فإن أبت استبرأت نفسها بحيضة، وقال أشهب: أسلامه قبل البناء يقطع العصمة، وبه أخذ محمد.

فرع

في الكتاب: إذا أسلمت قبل البناء تحت مجوسي أو كتابي بانت منه، ولا رجعة إن أسلم لعدم العدة، وإسلام الزوج كالرجعة، ولا يملك عصمتها بعد العدة في المدخول بها، والفراق في هذا بغير طلاق، لكونه

(1) (ي): والا فلها نصف الصداق.

متفقاً عليه، وقاله ابن حنبل و(ش)، وقال (ح): يعرض الإسلام على الآخر في دار الإسلام، فإن امتنع وقعت الفرقة، وأصله قوله تعالى في اللائي أسلمن دون أزواجهن: ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ، لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَّهُنَّ﴾ (المتحنة: 15) وأسلم⁽¹⁾ صفوان في العدة بعد شهر، قال ابن يونس: وإذا أراد الإسلام فافتدت له على أن لا يسلم حتى تنقضي عدتها، أو على اسقاط الرجعة لا يصح، ويرد ما أخذه، والفرق بينه وبين الردة في لزوم الطلاق: أن الردة صادرة من مسلم، والمسلم يلزمه الطلاق، وقال اللخمي: قال ابن القاسم: ان لم يسلم فهي طليقة بائنة، وقول مالك أحسن، لأن الكافر لا يلزمه الطلاق.

واختلف في العدة، فقال مالك وابن القاسم: اذا أسلمت دونه فثلاث حيض، وقال مالك: تكفي النصرانية يطلقها النصراني حيضةً، ولابن القاسم في المجوسية تأبى الإسلام: تكفيها حيضة، لأن الزائد تعبد، وفي البخاري: كانت المرأة اذا هاجرت⁽²⁾ حتى تحيض وتطهر، فإذا طهرت حل لها النكاح، قال ابن القاسم: واذا قالت: حضت بعد إسلامي ثلاث حيض، وقال الزوج: انما أسلمت من عشرين ليلة صدق⁽³⁾ لأن الأصل بقاؤها على الكفر، ولو وافق على أمد العدة وقال: أسلمت قبلك، أو في العدة، وأكذبت، لم تصدق لأن الأصل بقاؤه على حاله، قال صاحب البيان: المعروف من المذهب: إذا أسلمت لا يثبت نكاحه إلا أن يسلمها معاً، لأن الكافر لا يكون زوج مسلمة، والمعروف: أن الفرقة فسخ، لأن الكافر لا يلزمه طلاق، واذا لم يعلم بإسلامها في العدة حتى تزوجت: فروي عن

(1) رواه مالك في (الموطأ) في النكاح، باب نكاح المشرك اذا أسلمت زوجته قبله، عن ابن شهاب بلاغاً، قال ابن عبد البر: لا أعلمه يتصل من وجه صحيح، وهو حديث مشهور معلوم عند أهل السير وابن شهاب أمام أهلها، وشهرة هذا الحديث أقوى من استاده ان شاء الله تعالى. اهـ.

(2) لم نهت اليه في الصحيح، وفي الكلام سقط.

(3) (ي): صدقت.

مالك استقلالها بالعقد، فإن أسلم قبلها فهو أحق بها. (وفي المدونة: هو أحق بها ما لم تدخل، وروي عنه: استقلالها)⁽¹⁾ أبدًا، لأنها نصرانية تحت مسلم، فلا عدة سواء دخل الأول أم لا، وقال ابن وهب: الدخول⁽²⁾ يفيتها.

فرع

قال صاحب النكت: إذا قدما بأمان فأسلم، لم يكن لامرأته الرجوع لبلد الحرب محتجة بالأمان، لأنها ألزمت نفسها استيلاء زوجها عليها، وفي الكتاب: إسلام الحربي الكتاني لا يزيل عصمته، ويكره وطؤه بدار الحرب كما يكره الزواج بها خشية على الولد من اتباع الأم، والمؤمنان كالذميين في إسلامهما، وإذا أسلم الذمي صبيًا وتحتة مجوسية لم يفسخ نكاحه حتى يثبت على إسلامه بعد البلوغ، فتقع الفُرقة، إلا أن تسلم هي، لأنه لو ارتد حينئذ لم يقتل، وإذا وجبت الفُرقة بين المجوسيين قبل البناء فلا صداق ولا متعة، لأن الفُرقة من قبلها، وإذا تزوج صغير بغير إذن أبيه ثم أسلم بعد البلوغ ثبت عقده، لأنه شيء مضى، وكذلك لو تزوج المبتوتة قبل زوج، وإذا أسلم العبد وتحتة أمة نصرانية فسخ كالمجوسية إلا أن تُسلم في العدة، لأن المسلم لا يتزوج الكتابية، قال اللخمي: قال أشهب: لا يفرق بينهما لعدم الخطاب حالة العقد لطريان الطول على الأمة المؤمنة، قال اللخمي: وإسلام أحد الزوجين في سن عدم التمييز لا يؤثر فراقًا، وفي الإثغار فما فوقه قيل: يلحق بالبالغ. وقيل: لا، قال ابن يونس: إذا عقد على أربع في العدة، ثم أسلم عليهن بعد العدة ثبتن، قاله ابن القاسم وأشهب، بنى بهن أم لا، وقبل العدة: فارقهن لقيام المانع، وعليهن ثلاث

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (الدخول) سقطت من (ي).

حيض ان مسهن، أو بعد عدة بعضهن⁽¹⁾. فارق ما فيه⁽²⁾ العدة، كُن في عقد واحد أم لا، بنى بهن ام لا، ولا⁽³⁾ يثبت نكاح المتعة إذا أسلم بعد الأجل والا فلا، قال اللخمي: ولا يختلف انهم مخاطبون بالإصابة حال الكفر في حرمة المصاهرة.

البحث الثاني: في النفقة والسكنى. وفي الجواهر: اذا أسلم قبلها ثم تخلفت لم تستحق نفقة لمدة التخلف، لأن الإمتناع منها، وان أسلمت وتأخر ثم أسلم: قال ابن القاسم: لها النفقة في العدة حاملاً أو حائلاً، لأن له الرجعة، وقال ايضاً: لا نفقة لها لامتناعها بإسلامها، قال: وهو احسن عند أهل النظر، وفي الكتاب: لو بنى بها وهما مجوسيان أو ذميان فافترقا لإسلام احدهما وتأخر حيضها فلها السكنى، لأنها معتدة منه (وإن كان⁽⁴⁾ فسحاً).

البحث الثالث: في اختياره من العدد. وفي الكتاب: إذا أسلم على أكثر من أربع اختار اربعاً، كن أوائل العقود او أواخرها، ويفارق الباقي، لما في ابي داود⁽⁵⁾: (قال قيس بن الحارث: أسلمت وتحتي ثمانى نسوة، فأتيت النبي عليه السلام فقلتُ له ذلك، فقال: اختر اربعاً منهن) ووافقنا (ش)، وقال (ح): انما يختار من تقدم عقدهن لفساد ما بعده، وجوابه: أن المفسدات التي لا تقارن⁽⁶⁾ الإسلام لا نعتبرها، ويدل على ذلك: انه عليه السلام أمر بالاختيار في إنشاء حكم وتأسيس قاعدة،

(1) (ي): بعدهن.

(2) (د): فارق بامنه.

(3) (د) ويثبت، ولعله الصواب.

(4) ما بين القوسين سقط من الأصل، وهو في (د)... فسحاً.

(5) في الطلاق، باب فيمن أسلم وعنده نساء أكثر من أربع، عن الحارث بن قيس أو قيس بن الحارث، وهو حسن بشواهد التي منها حديث فيروز الديلمي الآتي بعده، وحديث غيلان الثقفي، وهو في (السنن).

(6) (ي): لا تفارق.

فلو كان ذلك معتبراً لذكره، لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز، قال مالك: وكذلك الأختان يفارق إحداها لما في الترمذي⁽¹⁾: (أن فيروز الديلمي قال: أسلمت وتحتي أختان، فقال له عليه السلام: فارق أيتها شئت) قال ابن يونس: قال محمد: والمجوسي يختار كالكتاني، قال ابن حبيب: ويعطي لمن فارقها قبل البناء نصف صداقها، لأن الفراق باختياره، وابن القاسم يمنع ذلك لأنه عنده فسخ، قال محمد: فإن لم يختَر حتى مات جميعهن: فللمدخل صداقها، ولغير المدخول: خمس صداقها إن كن عشرة، لأن عليه أربع صداقات تنقسم على عشرة، ويسقط نصف ذلك لعدم الدخول، وكذلك لو طلقهن أو بعضهن غير معين، فلكل واحدة خمس صداقها قبل البناء فإن طلق معلومة لم يختَر من البواقي إلا ثلاثاً، لأن الطلاق اختيار، أو مجهولة ثلاثاً، بطل اختياره لاختلاط الحرام بالحلّال، وفي الجواهر: لا مهر للمفارقات قبل الدخول، لأنه مغلوب على الفراق، وقال ابن حبيب: لكل واحدة نصف صداقها، لأنه كالمتنقل، وفي⁽²⁾ الاختيار كالمطلق، فإن مات قبل الاختيار قيل: يرثه جميعهن الربع إن لم يكن له ولد، ولكل مبنّي بها صداقها، قال أبو الطاهر: المشهور: ربع⁽³⁾ صدقات جميعهن بالموت، وقال ابن حبيب: لجميعهن سبع صدقات، أربع لأربع، وثلاث لسته، يقسم الجميع أعشاراً.

(1) في النكاح. باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده أختان، عن أبي وهب الجيثاني أنه سمع

ابن فيروز الديلمي يحدث عن أبيه... وهو حسن.

(2) (د) لأنه كالمتنقل في الاختيار فهو كالمطلق.

(3) (ي): أربع.

فرع

قال: فلو كن ثمان كتابيات فأسلم أربع ومات قبل التبين، لم يؤثر، لأنه ربما كان يفارق المسلمات، كما لو كانت كتابية ومسلمة وقال: احداكما طالق، ومات قبل التبين.

فرع

في الكتاب: إذا أسلم عن أم وابنتها اختار احداهما قبل البناء، كانا بعقد واحد أو عقدين، ولا تحرم الأم بالعقد لِفَسَادِهِ، والإسلام لا يصححه مع الابنة، وقال غيره: يفارقها، لأن الإسلام يُصَحِّحُه فهو كالعقد الواحد عليهما، قال ابن القاسم: إن حَبَسَ الأم لا يعجبني نكاح البنت، لأنه نكاح شبهة، وإن بنى بها حُرْمَتَا أَبَدًا، أو بواحدة أقام عليها لتحريم الأخرى لها بالعقد أو بالدخول، وإذا ماتت امرأة الذمي فتزوج أمها ثم أسلم، هو كالمجوسي يسلم على أم وابنتها ويسلمان، قال ابن يونس: قال أشهب: تحرم الأم إذا أسلم عليها قبل البناء، وثبتت البنت لأنه عقد شبهة.

فرع

قال اللخمي: إذا امسك أربعًا فوجدَهن أخوات: قال القاضي اسماعيل: إن طلق عليه السلطان مَنْ بَقِيَ كان له عنهن تمام الأربع، وقال عبد الملك: إن تزوجن لم يكن له عليهن سبيل، لأنه أحلهن بالفسخ، وقال ابن عبد الحكم: يفسخ له نكاح مَنْ دخل بها إن اختارها أو وقع الفراق باختياره من غير طلاق.

البحث الرابع: في صفة الإختيار، وفي الجواهر: يلحق بالصریح ما

أفاد معناه، كطلاق واحدة أو ظهارها، والإيلاء منها، أو وطئها، أو لو قال: فسخت نكاحها انفسخ.

الفصل الرابع: في الردة، نسأل الله العفو والعافية، وهي مبطلّة للنكاح، لقوله تعالى: ﴿لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ﴾ (الزمر: 65) والمراد: آثار العمل، لاستحلاله رفع المانع⁽¹⁾ فيبطل آثار العقد منها الحل، فإن ارتدت المرأة، فلقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ أي من كفر من أزواجكم جمعاً بينه وبين قوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ ووافقنا (ش) وابن حنبل على البطلان مطلقاً، ارتدّاً معاً أو مفترقين، وقال (ح): هي مبطلّة إلا ان يرتدّاً معاً فيثبت لتساويها، أو يرتد الزوج وحده فينتظر في العدة كالكافر الأصلي، وجوابه: أنها استويا في موجب الإبطال، فهي ككافرين لا نكاح بينهما، وهو الجواب عن الزوج وحده.

تفريع، في الكتاب: اذا ارتد احدهما بطلت العصمة بطلقة بائنة، لوجود الخلاف في إبطال العمل بالردة، وفي انقطاع النكاح، وإن أسلم في عدتها فلا رجعة له للبينونة، وإن أسلمت فلا رجعة لبطلان أصل العقد، وإن كان أسيراً وجَّه طَوْعاً كَفَّرَ أَمْ كَرْهًا اعتدت امرأته، ووقف ماله وسرّيته، فإن مات حَكَمْنَا بَرْدَتَهُ، لأن الأصل عدم الإكراه، وإن ثبت الإكراه فهو على حال الإسلام، قال ابن يونس: ورؤي عن أشهب أن إسلام المرأة يعيدها للعصمة، لأن العقد للزوج لا لها، فردتها ضعيفة في الإبطال، وقال المخزومي: للزوج الرجعة إذا رجع إلى الإسلام في العدة كالكافر الأصلي، قال اللخمي: وروي عن مالك، الردة فسخ بغير طلاق كالرضاع وقيل: طلقة رجعية، وقال عبد الملك: إن أسلم في عدتها فلا طلاق والا فطلقة، وقال أصبغ: اذا ارتد وامرأته نصرانية أو يهودية لا

(1) (د) الواقع.

تحرم عليه إن عاود الإسلام تسوية بين رده والكفر الأصلي، ولا خلاف أن الردة لا تُبطل عقود البياعات⁽¹⁾.

فرع

في الجواهر: إذا ادعى ردها فأنكرت فرق الحاكم بينها لإقراره ولو كانت كتابية.

فرع

قال: لو تنصر يهودي أو تهود نصراني أقرّ، لأن الكفر مِلَّة واحدة، وروى عن مالك: أنه يقتل لخروجه عن الذي عوَّده عليه إلا أن يسلم، ولو تزندق أحدهما: قال مالك: لا يُقتل لخروجه من كفر إلى كفر، وقال عبد الملك: يقتل، لأنه كفر لا يقر عليه، وروى عن مالك: يقتل كالمسلم⁽²⁾ يتزندق.

فرع

قال ابن يونس: إذا تزوج المرتد في رده فلا صداق وإن دخل بها، لأن ماله للمسلمين إذا قَلَّ، وللحجر بعد الردة بحيث لا ينفق على ولده، قال ابن القاسم: إن ارتد وتحتة ذمية وقَعَت الفُرقة لبطلان العقد، وإن ارتد إلى دينها، ولو تزوج حال رده ذمية لم يجوز رجوع إلى الإسلام أم لا، للحجر، وقال ابن حبيب: إن تزوج بعد حبسه للاستتابة فسُخ، وإن قُتل فلا صداق، كانت مُسلمة أو كافرة، وقال عبد الملك: يثبت نكاحه إذا

(1) (ي): التباعات.

(2) (ي): إذا تزندق.

رجع إلى الإسلام لزوال الحجر، وحمل أبو الحسن قول ابن القاسم في عدم الصداق على أنها كانت عاملة، وقال: لو لم تعلم لم يسقط ربع دينار، لأنه حق الله تعالى، ولو رجع إلى الإسلام لكان لها جميع الصداق، تزوجها قبل الحجر أو بعده.

فرع

في الكتاب: إذا رجع إلى الإسلام سقطت عند حقوق الله تعالى فيما تركه قبل الردة من صلاة وصوم وزكاة وحد ونذر ويمين بعق وظهار، لقوله⁽¹⁾ عليه السلام: (الإسلام يجب ما قبله) وثبتت حقوق العباد من القذف والسرقه والقتل كما يؤخذ به الذمي⁽²⁾ ويأتي قتله على الردة على جميع ذلك إلا القذف فيحد ثم يقتل، ليرتفع عار القذف على المقدوف، وإذا رجع ابتداء الحج والإحصان لحبوطهما، قال اللخمي: وقال غيره: إذا تاب هو كمن لم يرتد له وعليه، فيقضي الصلاة المنسية، ولا يقضي الحج المفعول، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَرْتَدَّ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ (البقرة: 217) وهذه الآية مقيدة، وتلك الآية مطلقة، والمطلق يحمل على المقيّد، وإليه ذهب (ش) وجوابه من وجهين: أحدهما: أن القائل لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر، ثم قال له في وقت آخر: إن دخلت الدار وكلّمت زيداً فأنت حر، فانه يعتق بالدخول وحده اتفاقاً، لأنه جعل لعتقه سبيلين، لأن الشروط اللغوية أسباب، وقد وجد أحدهما فترتب عليه الحكم، وليس هذا من باب الإطلاق والتقييد،

(1) رواه مسلم (78/1) وأحمد في (السند 4/199-204-205) والحاكم في (المستدرک 454/3) عن عمرو بن العاص من حديث طويل في قصة إسلامه، وهو حسن.

(2) ي: الذي، ويأتي قبله، وهو مصحف.

وثانيهما: سلمناه، ولكن المرتب على الردة⁽¹⁾ الموافاة عليها أمران: الحُبوط والخلود، وترتيب شيئين على شيئين يجوز أن يفرد أحدهما بأحدهما، والآخر بالآخر، ويجوز عدم الاستقلال، وليس أحد الإحتمالين أولى من الآخر فيسقط الاستدلال، بل الراجع الاستقلال، لأن الأصل عدم التركيب.

وفي الكتاب: ميراثه للمسلمين دون ورثته أن قُتِل، ولا يرث هو لأنه دين لا يقر عليه، فهو مُباين لجملة المِلَل⁽²⁾، ولا يأخذ ميراثا بإسلامه بعد موت المورث لقيام المانع حالة الاستحقاق، قال ابن يونس: قال ابن الكاتب: إنما يسقط عنه العتق غير المعين، أما المعين فلا كالدين، وقال سحنون: لا يسقط حد الزنا ليلا يتذرع الناس بالردة لإسقاط الحد، قال صاحب النكت: إذا حَنَثَ في ظهاره ثم ارتد ثم أسلم سقطت عنه الكفارة كنذر المساكين، بخلاف الظهار نفسه، وسَوَّى بعضُ القرويين بينهما في السقوط، وفي التنبيهات: قال اللخمي: قال القابسي: إذا تاب رجع كأنه⁽³⁾ لم يزل مسلما.

فرع

إذا ارتاب في امرأة، هل تزوجها في العدة أم بعد الرجوع؟ فالقول قول مدعي الحل⁽⁴⁾ لأنه الأصل في تصرفات العقلاء.

(1) الردة سقطت من (د).

(2) (ي): المال، وهو تحريف.

(3) (د) فإنه.

(4) (د) الحمل، وهو تصحيف.

فرع

قال اللخمي: واختلف في ولد المرتد: فقال ابن القاسم: اذا ارتد ولحق بدار الحرب فالمولود بعد الردة، وولده الصغير وامراته فيء، وقال محمد، الحمل قبل الردة يجبر على الإسلام ما لم يحتلم فيجبر عند ابن القاسم، وقال اشهب: يجبر بالضرب، قال ابن القاسم، المولود حال الردة يجبر قبل الخُلْم، لأن الردة لا يُقر عليها فيتبعها الولد، فإذا بلغ ترك لاستقلاله، وقال ايضا في أهل حصن ارتدوا: يُقتلون ولا تُسبى ذراريهم، وقال سحنون: إذا ارتد ولحق بدار الحرب وولد له، ثُمَّ تاب هو وولده وإلى ولدِ ولده فحكمه كحاکم جده، ولا يسبى، ويقتل مَنْ لم يُسب من الكبار تغليبا لإسلام جدهم السابق، ويكره الصغار على الإسلام. ثم رجع فقال: من بلغ ترك، قال: فإن قتل الأب والولد صغير: أرى أن يُحكم له بالإسلام بخلاف ولد الذمي، والفرق: عدم اعتبار دين الردة.

الفصل الخامس: في السبي، وفي الكتاب: السبي يهدم النكاح سُبيا جميعا أم لا، وعلى المسببة الاستبراء بحیضة، ولا عدة، لأنها صارت أمة، وأصله ما روى^(١) ابن وهب عن أبي سعيد الخدري قال: أصبنا سببا يوم أوطاس وهن أزواج. فكرهنا أن نَقَعَ عليهن فسالنا النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فأنزل الله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ (النساء: 24) فاستحللناهن. قال ابن قسيط: واذا ابتعت عبدا وامراته من السبي قبل تفريق القسم بينها فلك التفريق بينها ووطء الأمة، قال ابن يونس: اختلف في معناه: قيل اذا لم يقرها السلطان على النكاح، وقيل: قوله خلاف، وبيعها جميعا اقرار على النكاح، سُبيا جميعا او

(١) مسلم في الرضاع، باب جواز وطء المسببة بعد الإستبراء، عن أبي سعيد.

الزوج ثم دَخَلَتْ⁽¹⁾ المرأة بأمان في العدة، وروي: لا سبيل لأحدهما على الآخر، قال: ولا خلاف أن السبي يُسْقَطُ⁽²⁾ عقود الأجنبي وغيرهما، وفي التنبيهات: قال محمد: إنما يهدم السبي النكاح إذا وَطِئَ السيدُ بعد الاستبراء ولم يَعْلَمْ بعدُ بالزوجية.

فرع

في الكتاب: إذا باع بدار الحرب رقيقاً⁽³⁾ وذكر الرقيقُ أن بينهم نكاحاً: إن علم ذلك ببينة ثبت النكاح، لأن هذا ليس بسبي وإلا فلا، لاتهمهم في إباحة الوطء.

فرع

قال: ولو أسلم الزوج بدار الحرب وأتى الينا، وقَدِمَ بأمان فأسلم وسُيِّت امرأته فهي في عصمته إن أسلمت. والا فُرقَ بينهما، إذ لا ينكح المسلم امة كتابية. وهي وولدها ومهرها الذي عليه فيء، قال صاحب النكت: قال بعض شيوخنا: إذا قدمت بأمان فأسلمت أم لا، ثم سبي الزوج بقرب ذلك فأسلم، فهما على النكاح، إلا أنها لا تَجْبَرُ⁽⁴⁾ لأجل رقه بالسبي، ويصدق التجار الكفار في الزوجية بين المملوكين، لأنها عيب ينقص الثمن، فهو إقرار عليهم وليس شهادة.

المانع التاسع: الرق على أحد الشخصين للآخر، وهو يمنع في جميع⁽⁵⁾

(1) (د): خرجت.

(2) (ي): .. ان السبي سقط عقود الاجابر وغيرها.

(3) (ي): رقيقاسا، وفي (د).

(4) (د) الا ان تختَر لأجل رقه.

(5) (د) جملة.

الحالات، وقاله الأئمة، فلا يجوز للرجل نكاح أمته ولا للمرأة نكاح عبدها. ومتى ملك أحد الزوجين صاحبه انفسخ النكاح.

قاعدة: كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يشرع، فلذلك لا يجد المجنون بسبب في الصحة، ولا السكران، لأن مقصود الحد الزجر بما يشاهده المكلف من المؤلمات والمذلات في نفسه، وذلك انما يحصل بمرآة العقل، وكذلك لا يشرع اللعان في المجنون ومن لا يولد له، لأنه لا يلحق به الولد، وكذلك لا يشرع عقد البيع مع الجهالة والغرر، لأن مقصوده تنمية المال وتحصيل مقاصد العوضين، وذلك غير معلوم حينئذ، ونظائرها كثيرة، فلهذه القاعدة لا يشرع نكاح الرجل أمته، لأن مقاصد النكاح حاصلة قبل العقد بالملك، فلم يحصل العقد شيئاً فلا يشرع.

قاعدة: مقصود الزوجية: التراكن والود والإحسان من الطرفين، لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ (الروم: 21) ومقصود الرق: الامتثال والاستخدام والقهر بسبب سابقة الكفر، أو مقارنته زجراً عنه، وهذه المقاصد مضادة لمقاصد الزوجية فلا يجتمعان.

قاعدة: من مقتضى الزوجية: قيام الرجل على المرأة بالحفظ والصون والتأديب لإصلاح الأخلاق، لقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ (النساء: 34) والاسترقاق يقتضي قهر السادات والقيام على الرقيق بالإصلاح والاستيلاء والاستهانة، فيتعذر أن تكون المرأة زوجة وسيدة لتنافي البابين.

قاعدة: كل أمرين لا يجتمعان، يقدم الشرع والعرف والعقل⁽¹⁾ أقواهما، والرق أقوى من النكاح، لكونه يوجب التمكن من جملة المنافع

(1) (ي) يقدم الشرع والعقل والعرف أمواهما.

والرقبة، وبعض المنافع إباحة الوطء الذي لا يقتضي النكاح غيره، فيكون الملك أقوى فيقدم⁽¹⁾، إذا تقرر ذلك فلا يتزوج الرجل أمته للقاعدة الأولى، ولا المرأة عبدها للقاعدة الثانية والثالثة: ومتى دخل الزوجية على الرق، والرق على الزوجية كمشتري امرأته لا يثبت الا⁽²⁾ الرق في سائر الأحوال للقاعدة الرابعة.

تفريع

في الكتاب: إذا اشترت المرأة زوجها بعد البناء فسخ النكاح واتبعته بالمهر، كمن دأب عبدًا ثم اشتراه، أو قبل البناء فلا مهر الا ان سرى⁽³⁾ هي وسيده فسخ النكاح اي يقصدان فلا يجوز، وتبقى زوجة، لأن العصمة بيد العبد، فلا تخرج من يده بالضرر، قال اللخمي: اذا اشترته مكاتبًا أو اشتراها مكاتبًا قيل: يفسخ النكاح لملك الرقبة، وقيل: لا يفسخ، لأن العقد الآن إنما وقع على الكتابة، فإن حصل العجز فحينئذ يفسخ، وفي الجواهر: اذا وهبها انفسخ نكاحه، وفي الكتاب: لا يجوز ولا يفسخ، لأنه عرض فاسد، وقال اصنع: يكره ويجوز، وقال عبد الملك: إن كان مثله يملك مثلها جاز ويفسخ النكاح، والآن بطلت الهبة ولا يفسخ، قال ابن محرز: هذا يدلُّ من ملك⁽⁴⁾ على اجبار السيد عبده على قبول الهبة، اذ لولا ذلك لم يكن لمقصد السيد تأثير، لأن للعبد عدم القبول، قال اللخمي: قال محمد: اذا اشترى أحدهما صاحبه بالخيار لا يفسخ النكاح الا بقبول من له الخيار، لعدم تحقق المعارض، أو بالعهد انفسخ حينئذ لتحقق نقل الملك، ولذلك شرط الإستبراء، وان كان الماء ماء (قال: والقياس في المسألتين عدم الفسخ الآن، وفي الكتاب لا يتزوج الرجل

(1) فيقدم سقطت من (ي).

(2) (ي): لا يثبت الرق في سائر الاخر.

(3) كذا دون نقط في (د) ومكانها بياض في (ي).

(4) (ي): من مالك.

مكاتبته ولا امته ولا المرأة⁽¹⁾ عبدها ولا مكاتبها، ولا يتزوج أمة ولده، لأنه لو زنا بها لم يُحدَّ كَأَمَّتِهِ، وفي الجواهر: إِنْ فَعَلَ سَقَطَ الْحَدُ، وتحريم على الابن بالمصاهرة، ويلحق النسب، وينعقد الولد على الحرية، وتصير ام ولده، وينقل الملك إليه بمجرد الوطء، وتثبت قيمة الولد من غير خياره، وقال عبد الملك: له التمسك⁽²⁾ في عُسر الأب ويسره ما لم تحمل، إذا كان الابن⁽³⁾ مأمونا على غيبته عليها، فإن كانت موطوءة للابن مَلَكَهَا الأب بالاستيلاء وحرم عليه وطؤها بوطء الابن، فتعتق عليه لتحريم الوطء.

وفي الكتاب: نكاح الحرة على الأمة⁽⁴⁾، وللحرة الخيار إن لم تكن علمت، فإن كانتا اثنتين فعلمت احدهما دون الأخرى فلها الخيار بعد علمها بالأخرى، وأما إذا تزوج العبد الحرة على الأمة أو بالعكس، فلا خيار، لأن الأمة من نسائه، ولأنها رُضيت بمقارنة العبد مع وصف الاستيلاء قال اللخمي: وقال عبد الملك: لها الخيار لمزيد الضرر.

فرع

قال: إذا اشترى أمة من أبيه لم تكن له ام ولد يحملها ولا ولدها ولا قبل الشراء المعتقة على هذه بخلاف أمة الأجنبي، وقال غيره: لا يجوز شراؤه لها لعتق حملها على الحد⁽⁵⁾.

فرع

قال: الأحسن ان لا يوطأ أمة عبده ولا يزوجه منه الا بعد الانتزاع، فإن فعل صح، لأن التزويج انتزاع، ولا يصح زواج أحد لأمته إلا في هذه الصورة.

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (ي): له التواسك.

(3) (ي): الأب، ولعله الصواب.

(4) من هنا وقع سقط كبير في (ي) فاقتصرنا على (د).

(5) كذا في الأصل، وفي كلام هذا الفرع اضطراب يمنع من حسن فهمه.

فرع

قال اللخمي: قال محمد: إذا اخدم السيد عبده لامرأة العبد، والأمة لزوجها: إن كان مرجع العبد للحرية انفسخ النكاح ان قبل المخدم للخدمة، أو إلى سيده أو غيره بالملك لم ينفسخ لتعذر ملك غيره المرأة عليه.

المانع العاشر: الرق في بعض الحالات، وهو الرق الثابت على المرأة لغير الزوج، وقال اللخمي: تزويج الأمة جائز، ويختلف فيه، فالجائز كل أمة يكون ولدها حراً من ذلك النكاح، كأمة الأب والأم والأجداد والجدات، وقيل: الأب والأم خاصة، وأجاز ابن عبد الحكم: أمة الإبن، وكل هذا إذا كان السيد حراً، أما لو كان عبداً يكون الولد رقيقاً للسيد إلا بعد نكاح لا يرجى نسله كالخصي والشيخ الفاني، فإن الشرع اغما منع الأمة صوتاً للولد عن الرق، ونكاح العبد، إذا لا عار عليه في رق ولده، والمختلف فيه، حيث يكون ولد الحر رقيقاً من ذلك النكاح فالمشهور: المنع، وفي الجواهر: لا يجوز إلا بثلاثة شروط: عدم الطول، وخشي العنت، وكونها مسلمة، وقاله (ش) لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ - إِلَى قَوْلِهِ - لِمَنْ خَشِيَ الْعَنْتَ مِنْكُمْ﴾ (النساء: 25) وروي عن مالك: الجواز مطلقاً. ومنشأ الخلاف: مفهوم الشرط الذي في الآية، هل هو ليس بحجة فيتأتى قول مالك، لأن الآية لم تدل على المنع بمنطوقها بل بالمفهوم؟ أو حجة، فيأتي قول ابن القاسم، وإذا فرعنا على المشهور ففي الكتاب: الطول: صدق الحرة لقوله تعالى: ﴿اسْتَأْذَنَكَ أَوْلُوا الطَّوْلِ مِنْهُمْ﴾ (التوبة: 86) ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ فيدل على أن الطول: المال والقدرة، وقاله (ش)، ولا يرمى⁽¹⁾ القدرة على النفقة، لأنها شرط في التمكن من البقاء إلا في العقد، واشترطها أصبغ،

(1) كذا في الأصل، ولعلها: ولا بد من القدرة.

لأنه لا يزوج ان علم عجزه عنها، وروي أن الطّول وجود الحرة في عصمته، لأن القدرة عليها اذا امتنعت فهو أولى، وعلى المشهور، لو عدم المال وخشي العنت، أبيحت له الأمة، وان كان تحته ثلاث حرائر، قال القاضي ابو بكر: ولو قدر على صداق كتابته للزوج الأمة، ولو عالته الحرة في المهر فسرق فلم يجد غيرها تزوج الأمة⁽¹⁾. ولو قنعت بدون صداق المثل وهو قادر عليه، حرمت الأمة، واما العنت: فهو الزنا، سمي بذلك لأن أصله التضييق والمشقة، لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ﴾ (البقرة: 220) أي لضيق عليكم، ومنه: التعتت في الصحبة، ولما كان الزنا يؤدي إلى عذاب الله تعالى وكفى به حرجاً سمي عنتاً، من تسمية السبب باسم المسبب، وانما يتم بغلبة الشهوة وضعف الخوف من الله تعالى، فإذا اشتد الخوف وأمن على نفسه حرمت الأمة.

فرع

لو هوي أمة بعينها وخشي من الزنا معها دون غيرها، ولم يمكنه الصبر. فرويت اباحتها دفعاً للزنا، وخرج القاضي ابو الوليد هذه الرواية على عدم اعتبار الشرطين، والقدرة على صرف العنت بالتسري يمنع الأمة.

فرع

قال: إذا تزوجها لحصول الشرائط ثم قدر على الحرة، لم يفسخ نكاح الأمة، وان قلنا: الحرة طول لوقوع العقد صحيحاً، وقاله الأئمة، قال اللخمي: وقال ابن حبيب: يجوز له البقاء إذا أفاد طوّلاً، أما إن تزوج حرة حرمت عليه الأمة، قال ابو الطاهر: واستقرأ اللخمي وجوب المفارقة، وفي المقدمات: وأما إن أمن العنت لا يؤمر معه بالمفارقة قولاً

(1) كذا وفي الكلام غموض.

واحدًا، والفرق: أن ميل الشهوات غير منضبط ولا مأمون، بخلاف وجود المال.

قاعدة: الموانع الشرعية ثلاثة أقسام: منها ما يمنع ابتداء الحكم واستمراره، كالرضاع يمنع ابتداء الحكم ويقطعه إذا طرأ عليه، والرق في أحد الزوجين، ومنها: ما يمنع ابتداء فقط كالإستبراء يمنع العقد، وإذا طرأ لا يمنع، ومنها: ما اختلف فيه هل يلحق بالأول أو بالثاني؟ كوجود الطول، والماء في التيمم يمنع ابتداء التيمم، وهل يبطله إذا طرأ عليه؟ خلاف، والإحرام يمنع وضع اليد على الصيد، وهل يُحرم الإمساك؟ خلاف، وينعطف البحث هاهنا على قاعدة أخرى، وهي: أن الشرع إذا نصب سببًا أو شرطًا بحكمة، هل يجوز اعتبار تلك الحكمة إن وجدت منفردة؟ الأصح منعه كنصب السرقة سببًا للقطع لحكمة صيانة المال، وقد وجدت الحكمة في حق الغاصب وغيره ولا يقطع، والزنا سبب الرجم لحكمة صيانة الأنساب، فلو خلط الأنساب بغير الزنا لا يرجم، وكذلك هاهنا نصب الطول سببًا للمنع من العقد على الأمة لحكمة ارقاق الولد، فهل تراعى هذه الحكمة حيث وجدناها أو بعد العقد فتحرم الأمة أم لا؟ خلاف، ونظائره كثيرة، وقد تقدم بسطه في الرضاع وغيره.

فرع

قال اللخمي: إذا تزوج أُمته على أن ما تلده حُر: فسخ قبل البناء وبعده، لأنه شرط على خلاف مقتضى العقد، قال: ولها المسمى، والولد حر، والولاء لسيدته تنزيلاً لاشتراطه منزلة عقده، قال محمد: فإن باعها فولدُها عبدُ المشتري، قال: وكذلك أرى إن لم يبع، وفسخ الشرط، أو رجع السيد فيه قبل تحمل، لأن الرضا بالفساد لا يلزم، فإن استحقت أخذ المستحق ولدها وبطل عتق من عتق قبل ذلك، ولو غره السيد بانها

ابنته عتق الولد لنشأته على الحرية، وللسيد على الأب القيمة عند ابن حبيب خلافاً لمطرف.

فرع

في الجواهر: اذا تزوج أمة بشروطها فلم تغنه، فله الزيادة الى الأربع، ولو استغنى بالأولى ففي اباحة ما زاد خلاف، لتعين الرق هل^(١) ووافقنا (ح)، وقال ابن حنبل و(ش): لا يجوز ان يزيد على الواحدة وان لم يستغن بها، وأباح حماد اثنتين، لنا: أن الحاجة متحققة في غير الواحدة، وهي المبيحة للواحدة، فوجب أن تبيح ما عداها.

فرع

في الكتاب: لا تتزوج حرة على أمة لما فيه من أذية الحرة بسوء المقارنة، فإن فعل جاز وخيرت الحرة في نفسها بطلقة بائنة كعيب حدّث في الزوج يوجب الفراق، بخلاف اختيار المعتقة لتوقع عتق الزوج، وكذلك تخير اذا تزوج أخرى، قال صاحب المنتقى: في كتاب محمد: إن طلقت ثلاثاً نفذ، قال صاحب المقدمات: اذا تزوج الحرُّ أمة على الحرة: فعلى القول بعدم اشتراط الطّول والعنّت، وهو المشهور عند ابن القاسم، خلاف المشهور عن مالك، فلا كلام للحرة إلا عند التونسي، لأنها من نسائه ابتداء كالحرة الدنية، وعلى القول بالإشتراط فخمسة أقوال: الخيار للحرة في نفسها، كانت الداخلة على الأمة أو بالعكس، والثاني: إن كانت داخلة تخير في نفسها لأنها فرطت في التعرف، والامة الداخلة فلها الخيار في الأمة دفعا للضرر. والثالث: ان دخلت الأمة عليها فلها الخيار في

(١) كذا في النسخة.

نفسها أو بالعكس فلا خيار لها، والرابع: إن دخلت الأمة عليها فسخ نكاح الأمة لأن الحرية طَوَّل، والخامس: ان دخلت الأمة فسخ نكاح الأمة، وإن دَخَلَت الحرية لم يفسخ نكاح الأمة، لأن العقد جائز. قال صاحب البيان: على قول ابن القاسم لا مقال للحرية، وهو الذي تدل عليه الفاظ المدونة وتأول التونسي أن القول لها على القولين، وهو يصح على قول عبد الملك الذي يرى الخيار لها، وإن كان زوجها عبداً، وقال (ح) و(ش): لا يجوز نكاح الأمة على الحرية ولو أذنت لأنها طَوَّل عندها، ويجوز نكاح الحرية على الأمة، وقال ابن حبيب: نكاح الحرية طلاق الأمة، قال اللخمي: ولا أرى الخيارين، بل تُخَيَّر هل تَرْضَى المقام أم لا، فإن لم تَرْضَ كان الخيار للزوج يطلق أيها أحب، وينبغي أن يعلمها إن كان يؤثر الأمة فَعَلَّهَا تختار البقاء،⁽¹⁾ وفي الكتاب: يجوز نكاح الحرية على الأمة، وللحرية الخيار إن لم تكن علمت، فإن كانتا اثنتين فعلمت احداها دون الأخرى فلها الخيار بعد علمها بالأخرى، وأما إذا تزوج العبد الحرية على الأمة أو بالعكس فلا خيار، لأن الأمة من نسائه، ولأنها رُضِيَتْ بمقارنة العبد مع وصف الاستيلاء، وقال اللخمي: وقال عبد الملك: لها الخيار لمزيد الضرر.

فرع⁽²⁾

إذا تزوج الأمة والحرية في عقد، وسمي لكل واحدة صداقها فسخ في حق الأمة وبقيت الحرية، ثم قال: إن علمت الحرية جاز، ولا خيار لها، وإلا خُيرت في نفسها، قال اللخمي: إذا علمت بالأمة وأن الرجل لا تكفيه حرية ولا يجد طَوَّلَ الأخرى، فنكاح الأمة جائز إلا أن نقول: الحرية طَوَّل، وإن تكفيه الحرية أو يجد طولاً فسخ⁽³⁾ نكاح الأمة وإن لم تعلم بأن التي معها أمة، والزوج يجوز له نكاح

(1) هنا انتهى السقط الذي في (ي).

(2) (فرع) سقط من (د).

(3) (د): فسد.

الأمة، كان الحق للأمة⁽¹⁾ ويجري على الخلاف، وإذا فسد نكاح الأمة فسخ⁽²⁾ نكاح الحرة، وإن اتحد العقد لافتراق الملك، وقال ابن القاسم: يفسد لجمعه حلالاً وحراماً كالأم⁽³⁾ وابتنها في عقد، فإن كانت الأمة ملكاً للحرة فسخ على المشهور لجمع العقد بين حلال وحرام لملك واحد.

المانع الحادي عشر: كونها أمة للابن، لأنها كأتمته لعدم إقامة الحدود عليه في الزنا والسرقة من مال ابنه، وقاله ابن حنبل خلافاً لـ(ح).

المانع الثاني عشر: كونها أم السيد، لأن ملك ابنها كملكها، فكما لا تتزوج بعبدتها فكذلك عبد ابنها.

المانع الثالث عشر: الاحرام، فلا يجوز تزويج المحرمة، وقد تقدم بسطه في الحج.

المانع الرابع عشر: المرض: فلا تجوز المريضة، وكذلك المريض، وقد تقدم بسطه في احوال الزوج.

القطب الثالث: المعقود به، وهو الصداق. وفي التنبيهات: يقال بفتح الصاد وكسرها⁽⁴⁾ وأصدقة وصدقة، وفي الجواهر: لا يجوز التراضي بإسقاطه لقوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مَّؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ، قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾ (الأحزاب: 50) أي من الصداق، وقوله تعالى ﴿وَهَبَتْ نَفْسَهَا﴾ يقضي اختصاص المرأة بالنبي صلى الله عليه وسلم دون المؤمنين، وقوله تعالى ﴿خَالِصَةً﴾ لا بد فيه من زيادة فائدة، لأن الأصل عدم التكرار، وهي اختصاص الهبة به دون المؤمنين، فلا يجوز لغيره، فيتعين اشتراط الصداق، ولا يلزم التصريح به،

(1) (ي): للحرة.

(2) (د): صح، ولعله الصواب.

(3) (ي): حراماً وحلالاً وابتنها في عقد، وهو محرف.

(4) كذا، ولعله سقط من هنا: والجمع: أصدقة وصدقات.

لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ (البقرة: 236) فنصَّ تعالى على شرعية الطلاق في صورة عدم الفرض، ومشروعيته دليل صحة النكاح، والواجب لا بد أن يقدر حتى يخرج المكلف عن عهده، قال اللخمي: وقدره ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو ما يساوي أحدهما، وقيل: ما يساوي ثلاثة دراهم كقول ابن القاسم في السرقة، وفي القَبَس: قال ابن وهب: أقله درهم ونحوه لطلبه⁽¹⁾ عليه السلام خاتماً من حديد، وعند (ح): عشرة دراهم، لأنه نصاب السرقة عنده فإن تزوجها بخمسة وطلقها قبل البناء أخذتها، لأن الصداق الواجب عنده لا يتشطر، واحتجَّ بقوله⁽²⁾ عليه السلام: (لا صَدَاقُ أَقْلٍ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ) قال صاحب الاستذكار: ولم يشته أحد من أهل العلم، وعند (ش) هو غير مقدَّر، بل ما ينطلق عليه اسم مال، وعند ابن حنبل: ما ينطلق على نصفه اسم مال. ليبقى لها المسمى بعد التشطير، لقوله تعالى ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ (النساء: 24) فيقتصر على المسمى قياساً كسائر الصور التي أطلقت فيها النصوص، وجوابهما: أن هذه القاعدة صحيحة، لكن السنة أبطلت الاختصار على المسمى هاهنا، وهي ما في (الموطأ)⁽³⁾ (أنه عليه السلام جاءتته امرأة فقالت يا رسول الله: قد وهبتُ نفسي لك فقامت قياماً طويلاً، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة، فقال عليه السلام: هل عندك من شيء تصدِّقها إياه؟ فقال: ما عندي إلا إزارِي هذا، فقال

(1) البخاري في النكاح، باب المهر بالعروض وخاتم من حديد. وباب التزويج على القرآن وبغير صداق، ومسلم في النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، من حديث سهل بن سعد.

(2) رواه الدارقطني في السنن في كتاب النكاح عن جابر بسند ضعيف جداً ورواه موقوفاً على علي، وفي سنده مقال كما قال ابن حجر في (بلوغ المرام، من أدلة الأحكام) كتاب النكاح. ورواه البيهقي في (السنن الكبرى) في النكاح عن علي أيضاً بأسانيد كلها ضعيفة.

(3) من كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء، وقد تقدم تخريجه.

عليه السلام: إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك، فالتمس شيئاً، فقال: لا أجد شيئاً، فقال: التمس ولو خاتماً من حديد، فالتمس فلم يجد شيئاً، فقال له عليه السلام: هل معك من القرآن شيء؟ فقال: نعم، سورة كذا وسورة كذا لسور سهاها، فقال عليه السلام: قد أنكحتكها بما معك من القرآن) يدل من أربعة أوجه: أحدها: قوله: ما عندي إلا إزاري، ومعلوم بالعادة أن الإنسان لا يعجز عن حَجَر أو حطب أو ما يساوي فلساً، فدل ذلك على أن المراد: ماله بال، وإلا فالعادة تكذبه، وكان عليه السلام⁽¹⁾ يكذبه حينئذٍ. وثانيها: قوله: ما أجد شيئاً بعد قوله عليه السلام: التمس شيئاً، ومعلوم أنه لو التمس ما ذكرناه لوجده. وثالثها: قوله عليه السلام: التمس ولو خاتماً من حديد، في معرض المبالغة يقتضي أن ذلك أقل ما يجزىء، ومعلوم أن الخاتم أعظم من أقل ما يتمول، ورابعها: قوله: فالتمس فلم يجد شيئاً، ومعلوم أنه يجد ما تقدم ذكره، فدل ذلك على أن المراد بالآية ماله قدر من المال، فيتعين ما ذكرناه، لأنه عضو فيستباح بالمال فوجب أن يقدر ما ذكرناه، كقطع اليد في السرقة، وأما (ح) فوافقنا في المدرك غير أنه خالف في نصاب السرقة فنجيبه في بابيه إن شاء الله.

فرع

قال ابن يونس: إذا تزوجها بغير صداق: قال سحنون: يفسخ بعد الدخول، قال أشهب: ولها بعد البناء والفسخ ثلاثة دراهم، وقال ابن وهب: صداق المثل لبطلان ما حصل الرضا به، وفي الكتاب: لا يفسخ بعد البناء ولها صداق المثل.

(1) (ي)، وكان عليه ثلاثة حينئذٍ.

فرع

قال صاحب المقدمات : استحب العلماء عدم المغالاة في الصداق ، لأن صداق أزواجه عليه⁽¹⁾ السلام كان خمسمائة درهم لغالبهن مع فرط شرفه وشرفهن .

فرع

في الكتاب⁽²⁾ : إذا تزوج بدرهمين أو ما يساويها فسخ ، إلا أن يدخل فيجبر على الاتمام ، ولا يفسخ للخلاف في هذا الصداق ، وقال غيره : يفسخ قبل البناء وبعده ، وإن أتم ، ولها صداق المثل بعد البناء كمن تزوج بغير صداق ، قال ابن القاسم : وإن طلق قبل البناء فلها درهم ، لقوله تعالى : ﴿فَنِصْفُ مَا قَرْضُكُمْ﴾ (البقرة : 237) قال ابن الكاتب : إذا لم يتم فسخ بطلقة ، ولا شيء لها إلا نصف الدرهمين ، ولا غيره ، لأن التشطير فرع الصحة ، ونحن لا نصححه ، قال : والصواب : لها نصف الدرهمين ، والفسخ عندنا استحباباً .

وفي الصداق نظران :

النظر الأول : في الصحيح ، وفيه أربعة عشر فصلاً :

الفصل الأول : فيما يجوز فيه من الغرر ، قال ابو الطاهر : والغرر الفاحش ممنوع فيه ابتداء اتفاقاً ، فإذا وقع ففي مضيه بالعقد لما يتعلق به

(1) في صحيح مسلم في كتاب النكاح - باب الصداق وجواز كونه تعلم قرآن ، عن عائشة رضي الله عنها : كان صداق النبي صلى الله عليه وسلم لأزواجه اثنتي عشرة أوقية ونشاً ، فذلك خمسمائة . وروى نحوه الترمذي وأبو داود والنسائي في كتب النكاح من سنتهن ، عن عمر رضي الله عنه .

(2) (د) قال صاحب الكتاب .

من تحريم المصاهرة، أو بالدخول، لأنه فوت له، ويفسخ مطلقاً لأنه ليس مالا، والصدّاق ركن العقد: ثلاثة أقوال، وفي الفسخ قبل الدخول على الوجوب أو النّدب، قولان، وأما غير الفاحش، ففي الكتاب: يجوز على بيت أو خادم غير موصوف، ولها الوسط، والبيت اللائق بها، وعلى شورة إن كانت معتادة، وفي التنبيهات: الشوار (بفتح الشين: ما يحتاج إليه البيت من المتاع الحسن والشارة والهيئة وحسن الملبس)⁽¹⁾ والشورة بالضم: الحال. وعلى مائة بعير غير موصوفة، ولها الوسط من الأسنان، وليس للزوج دفع القيمة إلا أن ترضى، ووافقنا (ح)، وقال (ش) وابن حنبل: لا يجوز إلا بمعلوم موصوف كالبيع، ومتى اطلق النقد أو غيره فهو حالّ، لأنه اصل المعاملات، وإن أظهرها مهرًا وأسروا دونه: فالمعتبر السر إن شهدوا به، لأن اللزوم يتبع الرضا بالبدل، وقال ابن حنبل: لا تعتبر⁽²⁾ العلانية ولو أظهروها تجملًا، لأنها تسمية في عقد صحيح فتجب، وقال (ح): ان خالفت العلانية ما عقد عليه سرًا فالعلانية، إلا أن يشهدا على السر، فتدل الشهادة على ان زيادة العلانية هزل، قال صاحب البيان: إذا كان الصدّاق عبدًا ولم يبين أهو من الحُمُر أو من السودان: فلها وسط الأمرين، ولها في الثلاثة رأس من وسط الجنس، ونصف قيمة الآخر يوم وقع العقد نفيًا للشركة في الرقيق، قال ابن القاسم: والأشبه: الشركة، قال ابن يونس: قال ابو محمد: إن تزوجها على أن يبني لها بيتًا وهي بقعة معينة في ملكه، ووصف الطول والعرض والبناء جاز، وان كانت مضمونة فلا، لفرط الغرر،⁽³⁾ قال محمد: ولها الأغلب من رقيق البلد، فإن استوى اعطيت النصف من السودان. والنصف من الحُمُر، على قدر قيمة ذلك يوم العقد، وقال سحنون: لا يجوز على خادم حتى يسمى جنسها فيتعين

(1) ما بين القوسين سقط من (ي) .

(2) (د) :المعتبر .

(3) (د) العذر .

وسط ذلك الجنس والا فسخ قبل البناء وثبت بعده، ولها صداق المثل، وقال ابن عبد الحكم: لا يجوز الا على معلوم مقدر كقول (ش)، لنا: قوله⁽¹⁾ عليه السلام: (الصَّدَاقُ مَا تَرَاوَى عَلَيْهِ الْأَهْلُونَ).

قاعدة: الغرر والجهالة ثلاثة أقسام: جائز إجماعاً في جملة العقود، كجهالة أساس الدار. وبطن الأجنة. وغرر كون المبيع لا يبقى حتى يقبض، وممنوع إجماعاً في عقود المعاوضات، كالطير في الهواء، أو مختلف فيه كبيع الغائب، والسلم في الحيوان، أو النكاح على ما بين جنسه لا نوعه، فمن العلماء من يلحقه بالقسم الأول، ومنهم من يلحقه بالثاني.

قاعدة: العقود ثلاثة أقسام: منها ما ينافي مقصوده الجهالة والغرر كالبيع، لأن مقصوده تنمية المال، وهي غير منضبطة معهما، فلذلك امتنعا فيه إجماعاً، ومنها ما لا ينافيان مقصوده كالهبة، فإن مقصودها الرد وهو حاصل معهما، وكالصلح المقصود به دفع الخصومة، وهي مندفعة بالرضا بما هما فيه، وكالخلع مقصوده خلاص المرأة من رق النكاح، وهو حاصل بالرضا بما هما فيه، فلا جرم قلنا بجوازهما في هذه الأمور، ومنها ما ينافيانه (من وجه دون وجه، كالنكاح، فمن جهة أن مقصوده المواصله لا ينافيانه، ومن جهة أن المالية شرط ينافيانه)⁽²⁾ فإذا قاس (ش) وابن حنبل على البيع بطل قياسه بالفرق، أو رام الاستدلال بالنص فلم يرد إلا في البيع فلا يتناول صورة النزاع، ولو تناولها حتى⁽³⁾ خصصناها بالفرق

(1) رواه البيهقي في (السنن الكبرى 239/7-241) من طرق موقوفاً بأسانيد ضعيفة، ورواه الدارقطني في (السنن 296/3) موقوفاً ولا يصح، ورواه الطبراني في الكبير مرفوعاً. وفيه محمد بن عبد الرحمن البيلماني وهو ضعيف (مجمع الزوائد 280/4) ولكنه بلفظ: اتكحوا الأيامي على ما يرضى به الأهلون ولو قبضة من اراك وفتظر: (الروض النضير، في شرح مجموع الفقه الكبير) للسياعي (8/4).

(2) ما بين القوسين سقط من (ي).

(3) (حتى) سقطت من (د).

المذكور، ولهذا التقدير جوزنا منها في الخلع ما لا يجوز في النكاح.

فائدة: الغرر هو القابل للحصول وعدمه قبولا متقاربًا، وإن كان معلوما، كالآبق إذا كانا يعرفانه، والمجهول: هو الذي لا تعلم صفته، وإن كان مقطوعًا بحصوله كالمعاقدة على ما في الكم، وقد يجتمعان كالآبق المجهول، فلا يُعتقد أن المجهول والغرر متساويان، بل كل واحد منهما أعم وأخص من وجه.

تنبيه: الغرر، سبعة أقسام، في الموجود، كالآبق، والحصول، كالطائر في الهواء، والجنس، كسلعة لم يسمها، والنوع، كعبد لم يعين نوعه، والمقدار، ما تصل إليه رمية الحجر، والتعين، كثوب من ثوبين مختلفين، والبقاء، كالثمرة⁽¹⁾ قبل بدو صلاحها.

الفصل الثاني: في ضمانه، وفي الكتاب: إذا زوج ابنته وضمن الصداق لزمه، ولا يرجع به الأب على الزوج، وإن مات أخذته من رأس المال، وإن لم يترك شيئًا فلا شيء على الزوج، وفاء بالشرط، فإن لم يدخل بها منعت نفسها حتى يدفع الصداق، لأن بُضْعَهَا بيدها، وكذلك لو ضمنه أجنبي عن الزوج، وكذلك كل من وعد بشيء وادخل الموعود له في أمر بسبب وعده.

قال ابن يونس: قال مالك: إذا طلق الإبن قبل البناء وقد ضمن عنه الأب، رجع النصف للأب ولا يأخذه الابن، لأنه إنما التزم ما يلزمه لأنه وهبه⁽²⁾، قال ابن حبيب: وإن ظهر فساد النكاح رجعت جلته للأب⁽³⁾، ولو تفادى⁽⁴⁾ الزوجان قبل البناء على المتاركة والعقد صحيح: رجع الأب

(1) (ي): كالثمرة التي لم يبد صلاحها.

(2) (ي): ما يلزمه... وهب.

(3) (ي): للإبن.

(4) (د) ولو تفادى الأب الزوجان.

بما ودى وسقط عنه إن لم يؤد قاله ابن القاسم، وقال عبد الملك: يرجع الزوج بنصف ما وجب له بالطلاق، كما لو بارأها بعد البناء على رد الجميع، وقال عبد الرحمن بن عوف: العطايا في عقد النكاح لا تفتقر إلى القبض، ولا تبطل بموت المعطي، لأنها معاوضة، وإن طلق الزوج بعد البناء أو مات لا ترجع إلى المعطي، وقيل: ترجع العطايا للأب إذا فسخ النكاح قبل البناء كتحميل الصداق، وصورة العطايا: قوله: تزوج ابنتي وأنا اعطيها كذا (أو ابني، وأنا اعطيه كذا)⁽¹⁾ وفي الجواهر: الصداق مضمون على الزوج إن كان فيه حق توفيته، والا فلا كالبيع، وحكمه في التلف والتعيب وفوات المنافع وتوفيتها بالشفعة حكم البيع.

فرع

في الكتاب: إذا زوج اليتيمة البكر وليها بأمرها وقبض صداقها لم يجز قبضه عليها إلا أن يكون وصيًا، فإن الولي لم يجعل له الشرع أمر المال، وإذا قبضه الأب للثيب⁽²⁾ بغير إذنها ضمنه، لأنه متعد في القبض بغير وكالة، كما لو قبض دُيونها فلها الرجوع على الغريم، قال ابن يونس: قال ابن حبيب: إذا قبضه الأب باقتضاء من الزوج ضمن، وإن كان الزوج ارسل الأب به لم يضمن لأنه وكيل للزوج، وأما قبضه للبكر بالبينة وتضييعه الابنة فلا شيء عليه ولا على الزوج، أو بغير بينة فعلى الزوج دفع الصداق ثانية سدًا للذريعة في النكاح بغير صداق، ولا شيء للزوج على الأب لتفريطه، قاله أشهب، وقال ابن القاسم: إذا أقر الأب بقبضه وضاع ولا بينة على الزوج، صدق الأب ولا شيء على الزوج، لأن الأب له قبضه بغير وكالة، قال صاحب البيان: إن قال الأب: جهزتها به

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (د) للإبنة.

وأنكرت، حَلَفَ وَبَرَى إِلَّا أَنْ تَكُونَ قَرِيبَةَ الدَّخُولِ، وَتَكْذِبَهُ قَرِينَةُ الْعُرْفِ، وَلَوْ ادَّعَى تَجْهِيزَهَا بِإِرْثِ أُمِّهَا أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ وَأَنْكَرَتْ لَمَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ، لِأَنَّ فِي التَّجْهِيزِ بِالْمَهْرِ عَادَةً بِخِلَافِ غَيْرِهِ، وَالْأَصْلُ: بِقَاوُهِ فِي ذِمَّتِهِ، وَلَوْ ادَّعَى أَنْ بَعْضَ مَا جَهَّزَهَا بِهِ عَارِيَةٌ صُدِّقَ بِشَرْطَيْنِ: حَدَثَانِ الْبِنَاءِ، وَبَقَاءِ مَا يَجْهَزُ بِهِ مِثْلَهَا مَعَ يَمِينِهِ، وَهَذَا فِي الْأَبِّ خَاصَّةً فِي الْبَكْرِ، وَهُوَ فِي الثَّيْبِ كَالْأَجْنَبِيِّ إِلَّا أَنْ تَكُونَ فِي وَلَايَتِهِ، وَالْوَصِيُّ كَالْأَبِّ، وَرَوَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ: لَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْأَبِّ إِلَّا بَيْنَةَ وَالْأَوَّلِ الْمَشْهُورِ.

فرع

قال أشهب: إذا أقر في مرضه بقبض صداق ابنته، أخذ من ماله أن كان الزوج مُوسِراً والا فلا، لأنه يَتَّهَمُ بالوصية لها.

فرع

قال: إذا قبض السيد الصداق ثم فلس فباعها السلطان عليه فاشتراها الزوج قبل البناء رَجَعَ عَلَى السَّيِّدِ بِنِصْفِ الصَّدَاقِ، لِأَنَّهُ اشْتَرَاهَا عَالِماً⁽¹⁾ بِتَحْرِيمِهَا بِالشَّرَاءِ، فَهُوَ كَالْمَطْلُوقِ قَبْلَ الْبِنَاءِ، وَلَوْ اشْتَرَاهَا⁽²⁾ مِنَ السُّلْطَانِ غَيْرَ عَالِمٍ بِأَنَّهَا أَمْرَاتُهُ رَجَعَ بِجَمِيعِهِ عَلَى السَّيِّدِ، بِخِلَافِ إِذَا بَاعَهَا السَّيِّدُ مِنْهُ، لَا شَيْءَ لَهُ إِذَا كَانَ عَالِماً، لِأَنَّ السَّيِّدَ لَمَّا كَانَ أَمْلَكَ بِالْبَيْعِ غَلَبَ أَمْرُهُ عَلَى أَمْرِ الزَّوْجِ، فَكَأَنَّ الْفَسْخَ جَاءَ مِنْ قَبْلِهِ، وَلَوْ بَاعَهَا لِمَنْ اشْتَرَاهَا لِلزَّوْجِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ فَهُوَ كَبَيْعِ السُّلْطَانِ، لَهُ نِصْفُ الصَّدَاقِ، وَقَالَ عَيْسَى: بَيْعُ السُّلْطَانِ كَبَيْعِ السَّيِّدِ يَرْجِعُ بِجَمِيعِ الصَّدَاقِ، قَالَ: وَهُوَ بَعِيدٌ.

(1) (ي): عالم.

(2) (د) اشترى بها.

فرع

قال صاحب النكت: اذا قبضته في النكاح الفاسد في عقده، وفسخ قبل البناء وبعد تلفه لم تضمنه كالنكاح الصحيح، بخلاف الفاسد في الصداق فإنها تضمن، لأنه لو⁽¹⁾ دَخَلَ بها كان لها صداق المثل والفاسد⁽²⁾ في عقده لها عين ذلك الصداق فأشبهه الصحيح، قال صاحب البيان: المرأة ضامنة المعين⁽³⁾ وما يغلب عليه من العُروض، إلا أن تقوم البينة على تلفه كالعارية، وعلى القول بأن الغلات⁽⁴⁾ تختصّ بها تضمن وان قامت البينة، وما يُغَاب عليه وما لا يغاب عليه، وروي عن مالك.

الفصل الثالث: في هبته، وفي الكتاب: اذا وهبته للزوج بعد القبض أو قبله، وهي نافذة التصرف، فلا رجوع لها، أو بعضه فلها نصف ما بقي، أو لأجنبي قبل القبض نفذت الهبة ان حملها ثلثها، وان زاد على الثلث بَطَلَ الجميع، لأن المرأة محجورٌ عليها بسبب الزوج في مالها إلا في الثلث، فيكون هذا التصرف باطلاً إلا أن يُجيزه الزوج، وإن لم يقبضه الموهوب له حتى طلقت موسرة قبل البناء أخذه من الزوج لذهاب الحجر، ورجع الزوج عليها بنصفه، أو مُعسرة حبس الزوجُ نصفه ودفع نصفه، ولو قبضه كله قبل الطلاق لم يرجع الزوج بشيء كانت مُوسرة يوم الهبة أو مُعسرة أو الآن، ويتبعها الزوج بنصفه كما لو هلك بسببها عندها، وقال غيره: إن كانت موسرة يوم الهبة ولم تقبضه حتى طلقت لم ينظر لِعُسرها يوم الطلاق، ويدفعه الزوج للموهوب، ويتبعها بنصفه نظراً الى حالة

(1) (لو) سقطت من (ي) ولا بد منها.

(2) (و) سقطت من (ي) ولا بد منها.

(3) (د) للعين.

(4) (ي): الغلاق.

التصرف، وقال ابن يونس في كتاب محمد: إذا وهبته لزوجها قبل البناء لا يدخل بها حتى يعطيها ربع دينار، ليلا يعرى البضع من الصداق، أو بعد البناء فلا شيء لأحدهما على الآخر، قال صاحب النكت: إذا لم يقبضه حتى طلق الزوج وروعي⁽¹⁾ عسرُها ويسرُها يوم الطلاق، ولا ينظر الى ثلثها إن كانت حاملا، وانما يراعى عسرُها بذلك القدر فقط لزوالها عن عصمة الزوج، وعلى قول الغير في اعتبار يسرها يوم الهبة: ينظر الى الثلث لأنه وقت للتزويج⁽²⁾ وفي الجواهر: إذا وهبته جلته ثم طلقها قبل البناء لم يرجع عليها بشيء، كأنها عجلت إليه ما تستحقه بالطلاق، وإذا وهبته لأجنبي وقبضه ورجع الزوج عليها، فهل يرجع على الموهوب كواهب المستحق أم لا؟ لأنها وهبت وهي عالة بتوقع الارتجاع، وكما أنها لا تنقض البيع، فكذلك هاهنا، وإن لم يقبضه الموهوب له حتى طلقت أجبرت على الإقباض إن كانت موسرة يوم الطلاق، لأنها قادرة على تعويض الزوج، ولا تجبر إن كانت مُعسرة يوم الهبة والطلاق، (فإن كانت موسرة يوم الهبة معسرة يوم الطلاق)⁽³⁾: قال ابن القاسم: تجبر، وقال غيره: لا تجبر، وهو على الخلاف في استقرار ملكها، ولو خاخته قبل البناء بنصفه كان لها نصف ما بقي، أو جلته فلا شيء لها، وكذلك عين غيره، لأن المخالعة بغيره دليل على إسقاطه، وترده إن كانت قبضته، وقال أصبغ: إن قبضته فلا، لأنه من جملة أموالها إلا أن يشترط رده، أو بما أقل من الصداق رجعت بنصف الصداق.

(1) (ي): وروي، وهو تصحيف.

(2) (د) الزوجية.

(3) ما بين القوسين سقط من (د).

فرع

قال اللخمي: إن تزوجته على أن يَهَب عبده لفلان فطلق قبل البناء رَجَعَ على الموهوب له بنصفه إن كان قائماً، وإن هلك فنصف قيمته عند أشهب ولا شيء عليه عند محمد، لأنه لو هلك بيد المرأة سقط، وإن حدث به عيب أخذ نصفه معيياً، وإن باعه الموهوب بنصف الثمن أو أعتقه أو وهبه علماً بأنه صداق، فنصف قيمته يوم التصرف وإلا فلا شيء عليه، ولا يرد العتق لأنه مكن من ذلك، واستحسن رد الهبة، وإن كان طعاماً أكله أو ثوباً لبسه للتهمة في العادة.

فرع

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: من تزوج بكرة بمائة فأعطتها من عندها فعلم الأب ثبت النكاح لوجود التسمية، ويردها، ومن أعطته امرأة مالاً على أن يتزوجها إن كانت ثيباً وزادها ربع دينار على عطيتها جاز، أو بكرة ولم يَبْنِ بها، فإن أتم الصداق والا فسخ، أو بنى فصداق المثل، ثم رجع فقال: لا يفسخ بنى أم لا، ويعطي البكر من ماله مثل عطيتها، ويزيد الثيب رُبع دينار، وأما رد المهر إلى الزوج: فقال أبو عمران: هو نكاح وسَلَف لا يجوز أن وقعت العيبة على النقد، وإن لم يعب واشترط ذلك كان العقد صحيحاً، وإذا فسد ثبت بعد البناء وفسخ قبله، لأن فساده في صداقه ولها صداق المثل.

الفصل الرابع: في التغيّرات⁽¹⁾ الواردة عليه، في الجواهر: إذا تغير قبل الطلاق بزيادة أو نقص أو بزيادة من وجه ونقصان من وجه، فالزيادة

(1) (د) التعبيران

عليها والنقصان عليها، لأنها شريكان، وقيل: للمرأة وعليها، لأن الأصل عدم الطلاق المشطر، وهو على الخلاف في استقرار ملكها على الكل، وعدم استقراره، وفي الكتاب: كل ما هو معين فقبضته أم لا، فَحَالَ سُوقُهُ أو نقص بدنه أو نَمَى أو تَوَالَدَ، ثم طلق قبل البناء فله نصف ما وجد عند الطلاق، ولو هلك بيدها لم يرجع بشيء، أو بيده بنى من غير شيء، وما يغاب عليه إذا هلك ضمنه إلا أن يعلم ذلك فيكون منها، ومن أهلك شيئاً ضمنه لصاحبه، ومن أنفق شيئاً حوسب به، وإن جنى على العبد فالجناية بينهما، ولو جنى بيدها خیرت في افتدائه، فإن فدته لا يأخذ الزوج نصفه إلا بدفع نصف الفدية، أو أسلمته فلا شيء للزوج إلا أن يجاني فتبطل محاباتها في نصف الزوج، ولو جنى بيده فليس له دفعه بل للمرأة، فإن ملكها هو الأصل بعد العقد، فإن طلقها قبل تسليمه كان مثلها في نصفه، فقال ابن يونس: وإذا ادّعت تلفه صدقت فيما يصدق فيه المستعير مع يمينها، قاله ابن القاسم، وقال اصبغ: تضمن العين، وإن قامت بينة بهلاكها بغير تفريط لأنها لا تتعين، وإذا ادّعت التلف فليس له مطالبتها بالشوار من مالها، لأن ذلك إنما يلزم في الصداق بالعادة، وقال عبد الملك: يلزمها ذلك إلا أن تقوم البينة⁽¹⁾، وفي الكتاب: إذا استحق بعضه، وفي الزام باقيه ضرر كالرقيق يمنع الشركة من الوطاء والسفر فلها رده وأخذ قيمته أو تحبس البقية وتأخذ قيمة المستحق، فإن كان تافها وما لا يضر، رجعت بقيمته فقط إلا في الرقيق فلها الرد وإن قل، فإن استحق البعض فكالبيوع في التفرقة بين الجزء الشائع وبين المعين، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا استحققت جلته فالتكاح ثابت، وأتبعته بمثله إن كان مثلياً، أو بقمته إن كان متقوماً، وإن كان لم يدخل⁽²⁾ تلوم السلطان

(1) (د): السنة.

(2) (ي) .. لم يدخل لم يلزم السلطان له.

له، فإن جاء به والا فرق بينهما، قال أصبغ: إن دَخَلَ مُنِعَ حتى يدفع ولو رُبْع دينار، أو بقي دون الاستحقاق ربع دينار، وقال محمد: ان كان استعارة أو سرقة حيل بينهما، وان دَخَلَ حتى يدفع جملة المهر، وان تقدمت له فيه شبهة مِلْكٍ اتبعته به، ولا يفرق بينهما، لأنه لم يدخل على عدم الصداق، ولو تزوج بعبد ولده الصغير فهو للمرأة ان كان الأب معدماً اتبع⁽¹⁾ به في ذمته قاله ملك، كشرائه لنفسه، وكعتقه عن نفسه.

فرع

في الجلاب: اذا تزوجها بعبد معيّن فكان حرّاً فعليه قيمته عند ابن القاسم، لأنه من ذوات القيم، وصداق مثلها عند عبد الملك، ليُخْلُو العقد عن الصداق، لأن الحر ليس بمال، وقال ابن القاسم في العتبية: زادت القيمة عن صداق المثل أو أقل، ولا يفسخ النكاح تَعَمَدُ أم لا، وقال عبد الملك: يفسخ النكاح قبل البناء ويثبت بعده، وان لم يعلما جميعا لم يفسخ، قال اللخمي: ولو قيل: لها الأقلُّ من قيمته أو صداق المثل لكان وجهاً، لرضاها بالعبد الا ان يعلم انها لو تزوجت بدنانير أو دراهم لم ترض إلا بما يكون قيمة العبد.

فرع

قال: فإن تزوجها على من يعتق عليها، عتق بالعقد، فإن طلق رَجَعَ بقيمته كانت موسرة أو معسرة، لأنه دَخَلَ على ذلك، ولا يتبع العبد بشيء لأن الشرع أعتقه، ولا يرد عتقه، كمعسر أعتق بعلم غريمه، والزوج كان عالماً، وقد استحسّن أيضاً مالك أن لا يرجع عليها بشيء، لأنها لم

(1) (ي): اتبعه به.

تنتفع بمال، قال: والأول أحسن، لأنها احسنت بصداقها لقرابتها، قال ابن
يونس: ان لم يعلم الزوج أنه يعتق عليها الا عند الطلاق أخذ نصفه وعتق
نصفه إن كانت معسرة، إلا أن يرضى باتباعها فيعتق كله، ولو كان عالمًا
وهي غير عالة عتق عليه، وغرم قيمته كالمقارض يشتري من يعتق على رب
المال عالمًا، وقال ايضا: يعتق عليها علمت أم لا لوجود سبب عتقه وهو
ملكها بكرًا كانت أو ثيبًا، ويرجع عليها قبل البناء بنصف قيمته يوم
أصدقها، فإن لم يجد لها غيره وكان علم فليس له رد العتق، لأنه دخل
عليه واتبعها، والا فله أخذ نصفه واتباعها، وقيل في مسألة الكتاب: إنما
يصح ذلك في الثيب، أما في البكر فلا يجوز للولي ذلك، لأنه ضرر، قال
عبد الملك: فإن تزوجها على ان يعتق لها أباهما فالنكاح مفسوخ، لعدم
الصداق، أو على أن يعتقه عنها، فالولاء لها، ولا شيء عليها، لأنها لم
تملكه، وان كان على ان يعتقه عن نفسه فالولاء له، ويفسخ في الوجهين
قبل البناء لعدم الصداق المعتبر، ويثبت بعده، ولها صداق المثل، قال
صاحب البيان: إذا تزوجها على عتق أبيها على نفسه (ثلاثة اقوال: جوازه
ان قال: عن نفسه)⁽¹⁾ أو عنها، لملك، ولا يجوز لا عن نفسه ولا عنها،
لعبد الملك، وقال ابن القاسم عن نفسه لا يجوز النكاح، وعنها يجوز، فإن
لم يكن في ملكه: فالمعروف لملك عدم الجواز للغرر،⁽²⁾ وروي: الجواز،
وجواز⁽³⁾ النكاح ان لم يملكه ولا لها ولاؤه حيث لا يكون لها الولاء⁽⁴⁾ لأنه
مال من ماله بعد الشراء، ولو قالت: أعطيك مالا وتعتقه جاز.

الفصل الخامس: في التصرفات فيه. في الكتاب: لو وهبته بعد القبض
وهي جائزة الأمر فطلق قبل البناء رجع بنصف قيمته يوم الهبة لأنه يوم

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (ي): للضرر.

(3) (ي): وجوز النكاح وان لم يملكه.

(4) (ي): ولأه.

الإتلاف، وقال غيره: يوم القبض لأنه يوم الضمان، قال ابن القاسم: ولو اعتقت العبد غرمت نصف قيمته يوم العتق موسرة أو معسرة، وينفذ العتق إذا⁽¹⁾ علم الزوج أنه رضي، وإلا فلو قام فله رده إن زاد على ثلثها، ولم يعتق منه شيء كهبة أكثر من الثلث، فإن طلق قبل البناء فله نصفه، ويعتق عليها نصفه، لأن كل عتق رد للحجر ينفذ عند زواله، قال ابن يونس: قال عبد الملك: عليها إذا أعتقته قيمته يوم القبض، وقال أشهب: لا يعتق منه شيء إذا طلق قبل البناء لرد الزوج العتق أولا، وقال ابن القاسم: يعتق ثلثه وإن كره الزوج.

فرع

قال أصبغ: لو اشترت بالعين الجهاز المعروف فتلف لم تضمن، لإذن العرف في ذلك، قال مالك: ولها أن تأكل من صداقها بالمعروف وتكتسي، وفي الكتاب: إذا اشترت به مالا يصلح للجهاز فطلقها قبل البناء فله نصف المشتري لأنه أذن في الشراء عرفاً، وإن اشترت بغيره رجع بنصف الصداق دون المشتري، إلا أن تكون العادة شراءه للجهاز فله نصفه للعادة في طلب ذلك من الزوجات فهي متصرفة بوكالته، وليس للمرأة امساكه ودفع نصف الصداق، قال اللخمي: هل تؤمر بأن تتشور بصدق العين أو تصنع به ما شاءت كضمن المبيع؟ قولان للمالك، أما إن كان داراً أو عبداً أو ما يؤكل أو يوزن، فليس عليها بيعه حتى تتشور به، ويأتي الزوج بما تحتاج إليه إلا أن تكون ثم عادة فيجري الخلاف المتقدم، فإن كان يزداد في الصداق لذلك أجبر الأب عليه.

(1) (ي): أن اعلم الزوج لأنه رضي.

فرع

قال ابن يونس: لو انفقت على عبد في صناعة نفقة عظيمة، أو تأديب الجارية لم يرجع بشيء، بخلاف ما فيه حياة العبد من طعام وشراب، لأنها أنفقت لغرضها، وقال ابن حبيب: ترجع لأنه تصرف مأذون فيه، ولو باعته بمحابة رَجَعَ بنصف المحابة.

الفصل السادس: في زيادة الزوج بعد التقدير، وفي الكتاب: اذا زادها ولم تقبضه حتى مات أو طلق قبل البناء فلها نصف الزيادة في الطلاق دون الموت، لفوات القبض في الحياة، قال ابن يونس، قال الأبهري: القياس: وجوبها في الموت، لأنها مهر لا هبة، والا لما استحق نصفها بالطلاق، قال اللخمي: ولو زادها ولم يلحقها بالصدّاق وطلق قبل البناء لم يكن لها شيء، لأنها هبة لها حكم الهبات، وقال (ح) وابن حنبل: الزيادة بعد العقد لازمة، لأنه زمن يعوض فيه للمعوضة، ومنع (ش) قياساً على البيع، وأسقط (ح) الزيادة بالطلاق، وفي الجلاب: اذا اشترط وليها مع الصدّاق كسوة أو غيرها: فحكمه حكم الصدّاق قبل الدخول أو بعده، في التشطير لما في مسلم^(١): قال عليه السلام: (أحق الشروط أن توفي ما استحللتم به الفروج) فإن أهدى إليها أو لأهلها هدية أو صنع معروفاً فلا رجعة له فيه إن طلق قبل البناء لأنه تبرع، قال صاحب البيان: ان كانت الهدية لولي المرأة عند الخطبة قبل العقد: إن تم العقد فهي للمرأة، والا رجع بها الزوج على الولي، أو عند العقد وشُرطت فكالصدّاق، ويتشَطَّر بالطلاق، قال ابن حبيب: ولو ترك ذلك لوليها ثم طلقت رَجَعَ الزوج بالنصف عليه، ولم يكن كهبة الصدّاق، لأنه كالعقد على هبة عبد

(١) البخاري في النكاح، باب الشروط في النكاح، ومسلم في النكاح، باب الوفاء بالشرط في النكاح، عن عقبة بن عامر.

لفلان، وما كان بعد العقد بغير شرط فللولي المهدي له، لقوله⁽¹⁾ عليه السلام: (أَيُّهَا امْرَأَةُ نَكَحْتَ عَلَى صَدَاقٍ أَوْ حِجَاءٍ أَوْ عِدَّةٍ قَبْلَ عَصْمَةِ النِّكَاحِ فَهُوَ لَهَا، وَمَا كَانَ بَعْدَ عَصْمَةِ النِّكَاحِ فَهُوَ لِمَنْ أَعْطَى لَهُ، وَأَحَقُّ مَا أَكْرَمَ عَلَيْهِ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ أَوْ أُخْتَهُ) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ، فَلَوْ دَفَعَ لَهُمْ عَيْنًا وَأَشْهَدَ أَنَّهَا عَارِيَةٌ نَفَعَهُ الْإِشْهَادُ إِنْ لَمْ يَقُلْ: هُوَ هَدِيَّةٌ، وَيَأْخُذْهُ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ فِي امْتِثَانِهِ، وَإِنْ زَادَ عَلَى امْتِثَانِ الْعَوَارِي، إِذَا لَمْ يَعْلَمُوا، وَإِنْ ضَاعَ لَزِمَهُمْ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَيْنَهُ عَلَى الذَّهَابِ كَالْعَوَارِي، قَالَهُ سَحْنُونُ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لَا يَضْمَنُونَهُ، لِأَنَّهُمْ لَمْ يَلْتَزِمُوا ضَمَانَهُ، قَالَ: وَقَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ: الْقِيَاسُ، فَلَوْ صَرَّحَ بِأَنَّهُ هَدِيَّةٌ لَمْ يَنْفَعِ الْإِشْهَادُ، فَإِنْ كَانَ الْعَرَفُ الْهَدِيَّةَ لَمْ يَنْفَعِهِ الْإِشْهَادُ فِي السَّرِّ، لِأَنَّ الْإِشْهَادَ لَا يَبْطُلُ الْحَقَّ عَلَى الْقَوْلِ بِالْقَضَاءِ بِالْعُرْفِ، وَلِمَالِكَ فِيهِ قَوْلَانِ، وَإِذَا أَهْدَى لِلَّتِي مَلَكَ عَلَيْهَا هَدِيَّةً فَلَا رَجُوعَ، وَإِنْ طَلَّقَ فَإِنْ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا لِعَدَمِ النِّفْقَةِ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لَا رَجُوعَ عَلَى أَصْلِهِ أَنَّهُ طَلَاقٌ يُوجِبُ نَصْفَ الصَّدَاقِ، وَعَلَى رَأْيِ ابْنِ نَافِعٍ فِي كَوْنِهِ فَسْخًا كَالْعَيُوبِ يَكُونُ لَهَا الرُّجُوعُ إِنْ كَانَتْ قَائِمَةً، فَإِنْ ظَهَرَ فَسَادُ النِّكَاحِ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا قَبْلَ الْبِنَاءِ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: تَرْجِعُ إِنْ كَانَتْ قَائِمَةً، لِأَنَّ سَبَبَ إِهْدَائِهَا بَطْلٌ، وَلَوْ رَدَّهَا بِالْعَيْبِ قَبْلَ الْبِنَاءِ رَجَعَ، وَلَا رَجُوعَ بَعْدَ الدَّخُولِ (اتِّفَاقًا إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الدَّخُولِ)⁽²⁾ وَالْفَسْخُ بِمُحْدَثَانِ ذَلِكَ، وَهَذَا كُلُّهُ فِي هَدِيَّةِ التَّطَوُّعِ مِنْ غَيْرِ عَرَفٍ، وَأَمَّا الْمَشْرُطَةُ فَكَالصَّدَاقِ، وَذَاتُ الْعُرْفِ كَذَلِكَ عِنْدَ ابْنِ حَبِيبٍ عَلَى الْقَوْلِ بِالْقَضَاءِ بِالْعُرْفِ، وَيَرْجِعُ بِنَصْفِهَا فِي الطَّلَاقِ، وَأَبْطَلَهَا مَالِكٌ عَنِ الزَّوْجِ بِالْمَوْتِ وَالطَّلَاقِ.

(1) أبو داود في النكاح، باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئا، والنسائي وأحمد في (المسند رقم: 6709) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وهو حسن.

(2) ما بين القوسين سقط من (د).

الفصل السابع: في التفويض، وهو الصداق المسكوت عنه، وهو جائز عندنا وعند الأئمة، لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ (البقرة 236) فشرع الطلاق حالة عدم الفرض، وهو دليل صحة النكاح. قال اللخمي: نكاح التفويض ثلاثة: جائز، وهو التفويض الى الزوج (او عقد على غير صداق، وفاسد، وهو دخولها على دفع الخيار بأي شيء فرض، ومختلف فيه، وهو التفويض إلى الزوجة)⁽¹⁾ أو وليها أو أجنبي أو يقول: تزوجتك على حكمي أو حكمك أو حكم وليك أو حكم فلان، فيمتنع ابتداء، فإن نزل مضى، وقيل: يفسخ إلا أن يدخل وقال عبد الملك: يجوز على حكمه، لأنه أصل التفويض دون حكمها، وإذا قلنا بامضائه فثلاثة أقوال، قال ابن القاسم: الفرض يرجع إلى الزوج سواء جعل الحكم له أو لغيره، ورافقه أشهب إلا أن يكون الأمر بيدها فلا يلزمها صداق المثل، وقال ابن القاسم: لا بُد من الرضا من الجهتين وإلا فُرق⁽²⁾ بينهما، واتفقت الأقوال إذا كان الأمر إلى الأجنبي أن لا يلزم الزوج فرضها ولا فرضه.

تفريع: في الكتاب: نكاح التفويض جائز، وإن بنى بها فلها مهر مثلها في المال والجمال، وفي الجواهر: المعتبر فيه: الدين والجمال والحسب والمال. والأزمئة والبلدان فيها⁽³⁾ اختلاف الرغبات، وعند (ش) وابن حنبل: يعتبر نساء عصبته، وعند (ح): نساء العشيرة العصبية وغيرها، وهو غير معتبر عندنا، بل نعتبر هذه الصفات، وإن خرجت بها عن ذكره، وعندهم لا يخرج عنهن، قال صاحب البيان: يعتبر مع الصفات الأربع

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (ي): ولا فرق، وهو تحريف.

(3) (د) لأنها.

نساء قومها من جهة أبيها دون أمها غير مقتصر عليهن، لنا: قوله⁽¹⁾ عليه السلام: (تُنكح المرأة لأربع، لماها ولحسبها ولجملها ولدائها، فاظفر بذات الدين تربت يداك) فذكر عليه السلام متعلّق الرغبات، وهي مناط صدق المثل، كقيم المتلفات، وفي الكتاب: يعتبر حال الرجل أيضا في ذلك، لأن العادة التخفيف عن الصالح والتثقيل على الطالح، وليس له البناء حتى يفرض صدق المثل، إلا أن ترضى بدونه أو يطلق، لأنها كالبائع في السلعة لا يجب عليه تسليمها حتى يقبض الثمن، وإن طلق بعد الرضا قبل البناء فنصف ما رضى به لقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا قَرَضْتُمْ﴾ (البقرة: 237)، (ولأن الفرض بعد العقد يلحق بالعقد، فوجب أن ينصف بالطلاق كالمقترن بالعقد، وقال:⁽²⁾ لا ينصف بالطلاق لأنه لم يجب بالعقد)⁽³⁾ وإن فرض في مرضه لا يجوز لأنه إخراج المال لا يجب إلا أن يطأها في مرضه، فيكون من رأس المال صدق المثل، والزائد عليه يبطل، قال ابن يونس: قال مالك: إلا أن تكون ذمية فلها الزائد في ثلثه لأنها غير وارثة، قال محمد: والأمة كذلك، وقال عبد الملك: لا شيء لها إذا سمى ولم يدخل ثم مات من مرضه، لأنه لم يسم إلا للمصاب ولم تصب، وروي عن ابن القاسم: إن سمى للحرّة المسلمة فماتت وصحّ هو لزمته التسمية، وكرهه أصنع، لأنه كان باطلا في أصله، ولو مات الزوج قبل البناء والفرض: فلها الميراث، لأنها زوجة، والمتعة لعدم الصداق دون الإصداق، لأن الأصل أن لا تستحق المرأة شيئا حتى تسلم بضعها: ولم تسلم ورد⁽⁴⁾ النص في المفروض بقي ما عداه على الأصل، وقاله ابن عمر خلافاً لابن مسعود، قال ابن حبيب: ولا يخلو بها حتى يعطي ربع دينار، فإن

(1) البخاري في النكاح، باب الأكفاء في الدين، ومسلم في الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، عن أبي هريرة.

(2) بياض في (د).

(3) ما بين القوسين سقط من (ي).

(4) كذا ولعل صواب العبارة: وإن لم تسلم ورد النصف في المفروض...

مسها ثم طلق لزمه الصداق، قال ابن القاسم: ولو قال: لها صداق مثلها ثم طلق فلها نصفه، لأن ذلك فرض، قال محمد: وإن عَقَدَ على عشرين نقداً وبقية المهر تفويضاً ففرض ولم يرض به، لأنه أقل من صداق المثل ففارق، فله أخذ العشرين لعدم استقرارها مهرًا.

فرع

في الكتاب: إذا رضيت الثيب بأقل من صداق مثلها فلا قول لوليها، ولا يُعتبر رضا البكر ولو وافقها الولي إلا الأب للحجر عليها، إلا أن يكون ذلك نظراً فيعتبر رضاها، ومهما فرض صداق المثل لزم قبوله قبل البناء وبعده، وقال غيره: ليس لأب ولا وصي التنقيص من صداق المثل بعد البناء، لتعينه لها، قال ابن القاسم: ولا يجوز وضعها عن الزوج بعد الطلاق وقبل البناء، وانما يجوز ذلك للأب وحده، وقيل: يجوز وضعها، إذ لا ولاية عليها حينئذ.

فرع

في الجواهر: إذا رضيت السّفيه بدون صداق المثل، وهي غير مولى عليها، ففي جوازه قولان، أو مولى عليها - وهو نظرٌ - صحّ رضا الولي به قبل الدخول، وإن كان بعده ففي صحة رضا الولي به أقوال: ثالثها: التفرقة فتصح في حق ذات الأب لشَقَقَتَه دون غيره، وللمرأة طلب الفرض لتقدير التشطير، وفي الواضحة: إن طلبت النقد قبل البناء وأبى الزوج إلا عند البناء فذلك له، إلا أن تُريد تعجيل البناء، ويجوز اثبات الأجل في المفروض، ولو أبرأت قبل الفرض يخرج على الفرض عما لم يجب، وجرى بسبب وجوبه، ولو فرض لها خيراً ألغى ولم يؤثر في التشطير.

فرع

في الكتاب: اذا تزوجها على حكمه أو حكمها أو حكم فلان جاز، لأنه تفويض، وقال (ح): لا يجوز لأنه جهالة، وقد كان ابن القاسم يكرهه، ثم رجع، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: لا يلزمها صداق المثل اذا لم يبين بها إذا تزوجها على حكمها، وروي في الكتاب: يلزمها، قال⁽¹⁾ ابو محمد: ولو فرضت صداق المثل لا يلزم الزوج إلا أن يرضى، بخلاف الزوجة يفرض لها الزوج صداق المثل كواهب السلعة إذا اعطى قيمتها، ولا يلزم الموهوب القيمة، وأما تحكيم فلان يفرض صداق المثل لازم لها، لأنه كالحاكم، وقال اللخمي: إذا فرض الزوج أقل فرض الوصي والزوجة، جاز، أو أحدهما لا يلزم لقصور الوصي عن الأب، قال: وأرى اعتبار رضا الوصي لأنه ناظر في المال، ومتى كان الفرض في المرض كان لها بعد البناء الأقل من المسمى وصداق المثل في رأس المال.

فرع

في الجواهر: الوطاء في النكاح الفاسد يوجب مهر المثل باعتبار يوم الوطاء لأنه يوم الاستيفاء⁽²⁾ لا يوم العقد، وكذلك الوطاء بالشبهة، وإذا اتحدت الشبهة اتحد المهر، وإن وطئ مرارا، وإذا لم تكن شبهة كوطأة الزاني المكروه وجب بكل وطء مهر، لأن كل وطأة لو كانت بعد عقد أوجبت مهر المثل أو المسمى، ولما نزلت⁽³⁾ الشبهة منزلة العقد (ولا

(1) (ي): محمد.

(2) (ي): الاستبقاء، وهو تصحيف.

(3) (د) ولما تنزلت التسمية... ولعله الصواب.

العقد⁽¹⁾ لا يتكرر فيه الصداق فلا يتكرر فيها .

تنبيه: لو اتحدت الشبهة واختلفت أحوال الموطوءة بالغنى والفقر، والصحة والسقم مما يوجب اختلاف صداق المثل في تلك الأحوال: فهل يخبرها في صداق المثل بين الوطأة الأولى أو الأخيرة أو الوسطى؟ لأن ذلك قد يزيد لها في صداقها، أو يحتم عليها الحالة المقارنة للوطأة الأولى، ولم أر⁽²⁾ فيه نقلاً للأصحاب، وظاهر أقوالهم تعيين الحالة الأولى كيف كانت، وقال الشافعية: تأخذ صداق المثل باعتبار أفضل الحالات، ويسقط ما عداها، لأن الوطآت كلها منافعها فلها الأخذ بأيها أحببت .

الفصل الثامن: في العفو عنه، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ (البقرة، 237) أي لمن، ثم قال: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾ أي يعفو النساء الرشيدات عن النصف فيسقط، وهو متفق عليه، ثم قال: ﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ قال مالك: هو الأب في ابنته، والسيد في أمته، وقال الأئمة: وهو الزوج لأنه مروي⁽³⁾ عنه عليه السلام، ولأن إسقاط الولي مال المولية خلاف الأصل، والجواب عن الأول: أنه ضعيف، سلمنا صحته، لكن لا نسلم أنه تفسير للآية، بل إخبار عن حال الزوج قبل الطلاق. وعن الثاني: أن حكم الولاية بتصرف الولي بما هو أحسن للمولي عليه، وقد يكون العفو أحسن لاطلاع الولي على ذلك يرغب فيها من في وصلته غبطة عظيمة، ثم الآية تدل لنا من عشرة أوجه: أحدها، أن الاستثناء من النفي إثبات، ومن الإثبات نفي، والمتقدم قبل

(1) سقطت من (ي) .

(2) (ي): لما أرى فيه، وهو تحريف.

(3) ذكره ابن أبي حاتم في تفسيره معضلاً مرفوعاً بلفظ: (ولي عقدة النكاح: الزوج)، واسنده ابن مردويه في التفسير من طريق ابن لهيعة به، ورواه ابن جرير في التفسير معضلاً، وهو ضعيف، انظر تفسير ابن كثير في تفسير الآية من سورة البقرة.

إِلَّا إثبات للنصف، فَعَلَى رَأْيِنَا يَنْتَفِي، فَتَطْرُدُ الْقَاعِدَةُ. وعلى رأيهم: يعفو الزوج فيكمل الصداق، فيكون الاستثناء من الإثبات وهو خلاف القاعدة، وثانيها: الأصل في العطف بِأَو التَّشْرِيكِ فِي الْمَعْنَى لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾ معناه: الإسقاط، وقوله تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي﴾ على رأينا للإسقاط، فيحصل التشريك، وعلى رأيهم⁽¹⁾ فيكون قولنا أرجح، وثالثها: أن المفهوم من قولنا: إلا أن يكون كذا وكذا، تنويع ذلك الكائن إلى شيئين، والتنويع، فرع الاشتراك في المَعْنَى، ولا مشترك بين الإسقاط والإعطاء فحسن تنويعه، وعلى رأينا المتنوع الإسقاط إلى إسقاط المرأة أو الولي، ورابعها: ان العفو ظاهر في الإسقاط وهو ما ذكرناه، وعلى رأيهم يكون التزام ما سقط بالطلاق، والتزام ما لم يجب لا يسمى عفواً. وخامسها: ان إقامة الظاهر مقام المضمحل خلاف الأصل، فلو كان المراد الزوج لقليل: إلا أن يعفون أو تعفون عما استحق لكم، فلما عدل إلى الظاهر دل على أن المراد غيرهم، وسادسها: أن المفهوم من قولنا: بيده كذا. أي يتصرف فيه، والزوج لا يتصرف في عقد النكاح، بل كان يتصرف في الحل، والولي الآن هو المتصرف في العقد، فتناوله اللفظ دون الزوج. وسابعها: سلمنا أن الزوج بيده عقدة النكاح، لكن باعتبار ما كان ومضى، فهو مجاز، والولي بيده الآن، فهو حقيقة، فتقدم على المجاز، وثامنها: أن المراد بقوله: (إلا أن يعفون): الرشيدات اتفاقاً، اذ المحجور عليها لا ينفذ الشرع تصرفها، فالذي يحسن مقابلتهم بهن: المحجورات على أيدي أوليائهن، اما بالأزواج فلا مناسبة، وتاسعها: أن الخطاب كان مع الأزواج بقوله: (وقد فرضتم) وهو خطاب مشافهة، فلو كانوا مرادين في قوله تعالى: (الذي بيده عقدة النكاح) وهو خطاب غيبة: للزم تغيير الكلام من الخطاب إلى الغيبة وهو خلاف الأصل، وعاشرها: ان وجوب الصداق او بعضه قبل الميسر خلاف الأصل، لأن استحقاق تسليم العوض

(1) (د) لا يكون بقولنا أرجح.

يقتضي بقاء المعوض قابلاً للتسليم، أما مع تعذره فلا، فالاستشهاد بشهادة البيع والإجارة بإسقاط الأولياء للنصف على وفق الأصل، وتكميل الزوج على خلافه، وموافقة الأصول أولى.

تفريع: في الكتاب: قال مالك: ولا يجوز ذلك للأب قبل الطلاق (قال ابن القاسم)⁽¹⁾ إلا بوجه نظر من عُسِرَ الزوج أو غيره، ولا يلحق الوصي بالأب، وفي الجلاب: لا عفو ولا تصرف لولي الثيب معها، ولولي البكر المطالبة دون الإسقاط إلا بإذنها، وللأب أن يعفو إذا طلقت قبل البناء، لأنه مورد النص دون قبل الطلاق أو بعد الدخول، والفرق: أن استحقاقه بعد الطلاق قبل الدخول على خلاف الأصل، فسلط الأب عليه إذا رآه نظراً بخلاف الدخول أو قبل الطلاق لتعيين الاستحقاق، فغلب حق الزوجة.

الفصل التاسع: في التسليم، وفي الكتاب: للمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها قبل البناء، فإن أعسر قبل البناء، ضربت له الأيام أجلاً بعد أجل بحسب ما يرجى من حاله، فإن لم يقدر فرق بينهما، وإن أنفق عليها، وإن أعسر بعد البناء لم يفرق بينهما (واتبعته)⁽²⁾.

قاعدة: الأعراض في جملة العقود: وسائل، والمعوض فيه: مقصد، والمقاصد أعظم رتبة من الوسائل، فلذلك⁽³⁾ إذا تنازع المتبايعان أيها سلم قبل صاحبه: فالقول قول البائع، لأنه صاحب المقصد، ومثله المرأة في النكاح، قال ابن يونس: قال ابن حبيب: إذا لم يجد⁽⁴⁾ الصداق ولم يَبْنِ كلف النفقة وفسخ له في الصداق (إلى السنتين، وإن لم يجد النفقة أجل

(1) (قال ابن القاسم) سقطت من (ي).

(2) سقط من (ي).

(3) الاصل: وكذلك. وفي (د): إذ تباع، وكل ذلك تصحيف.

(4) (د) إذا لحد.

الأشهر إلى السنة، وإذا فرق بينهما لعدم الصداق⁽¹⁾ أو النفقة: قال ابن القاسم: لها نصف الصداق، وقال ابن نافع: إن فرق لعد الصداق فلا صداق لأنه من قبلها، وكذلك إن جُن قبل البناء فلا صداق في الفراق، وفي الكتاب: لها المطالبة بجملة الصداق إن كان مثلها يوطأ، وهو بالغ، ولا تكفي قدرته على الوطء بخلافها، لأن مقصوده لا يحصل الا بالإنزال، قال ابو الطاهر: لا يطلق على الزوج بالإغسلر بالصداق بعد الدخول، وللرشيعة المطالبة بالحال والمؤجل عند حلوله، ورواية المتقدمين: ذلك لولي السفينة⁽²⁾، ومنعه المتأخرون، لأن العادة تأخيرهم، قال ابن يونس، قال ابن حبيب: ان اتفقا على البناء قبل تقديم شيء جاز، وكره مالك أن يدخل حتى يعطي⁽³⁾ ربع دينار، لأنه حق لله تعالى في إباحة الوطء، قال مالك: لو شرط عليه أن لا يدخل لسنة إن كان غريباً يُريد السفر بها وأرادوا بقاءها عندهم تلك المدة، صح الشرط وإلا بطل، ولو منعها أهلها حتى يُسَمَّنوها فلهم الوسط من ذلك، ولهم المنع للصغر⁽⁴⁾، وإن دَعَى وهي رتقاء فإن فارق فالصداق لها إلا أن تعالج نفسها فلها الصداق، ولا تجبر على العلاج لكونه ضرراً عليها، ولو تجددت بعد النكاح حتى لا تجتمع فدعته إلى البناء: قيل له: ادفع الصداق وادخل أو طلق، لأن المنع طراً بعد العقد وليس من قبلها، وفي الجواهر: من كانت محبوسة او ممنوعة لعذر لا يلزم تسليم الصداق إلا أن يكون الصداق معيناً كدار أو عبد، لأن ضمان المعين منها، ولو سلمت نفسها وجب التسليم، فإن رجعت سقط طلبها إلا أن يطأها فيستقر الصداق بالتقاء الختانين مرة، فإن الأحكام

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (د): السفينة.

(3) (د): يقدم.

(4) (د): للصغيرة.

نيطت⁽¹⁾ به، ويمهل لما جرت العوائد به، ولا يمنع⁽²⁾ لحيض حصول الاستمتاع معه.

فرع

قال صاحب البيان: اذا دخل بها قبل القبض أمر بإعطاء رُبْع دينار ولا يلزم الكف، وكره محمد التماري حتّى يعطي إن كانت أذنت له في الدخول.

الفصل العاشر: في الخلوة، في الموطأ⁽³⁾ أن عمر رضي الله عنه قضى في المرأة اذا تزوجها الرجل انه اذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق، وفي الكتاب: اذا أرخى الستر ثم طلق فقال: لم أمسها وصدقته، فلها نصف الصداق، وعليها العدة، لأنها حق الله تعالى فلا يسقط بقولها مع وجود مظنته، ولا رجعة له لإقراره، وكذلك إن تصادقا على الوطء دون الفرج، وقال (ح): الخلوة توجب كمال المهر وطىء أم لا، دَعَتِ أم لا، إلا ان يكون مانع كالمرض والإحرام، وعليها العدة، وكذلك قال ابن حنبل، ولو كانت حائضاً أو غير ذلك، إلا ان يكون أعمى⁽⁴⁾ لا يتمكن من الاستمتاع بها، لقول عمر رضي الله عنه، وقال (ش): لا تجب العدة ولا يكمل المهر إلا بالوطء لظاهر القرآن، فإن طال مكثها في الاستمتاع فلها جميع الصداق، لأن العذر من قبله. وقد اخلق شوارها وحصل من الاستمتاع ما يقوم مقام الوطء، وفي الجواهر: اختلف في طول المدة، فقليل: سنة، وقيل: ما يُعدّ طولاً في العادة، وفي الكتاب: قيل: لها نصف

(1) (ي): ينكت به، وهو تصحيف.

(2) (د): يمهّل... منه، وهو مصحف.

(3) في النكاح، باب إرخاء الستور، عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب الخ.

(4) (ي): عما.

الصدّاق لعدم الوطء، وإن ادّعت الوطء في دخول البناء كمل الصدّاق، وقال ابن يونس: قيل: يقبل قول جملہ النساء حتى الصغيرة (إذا بلغت الوطء لا كلام في ذلك للأب ولا للوصي، لأنه لا يعرف إلا من النساء فيقبل)⁽²⁾ قولهن كالحيض والسقط، وقال سحنون: لا يقبل قول البكر والأمة في عدم الوطء، بل يكمل الصدّاق، لعدم قبول قول المحجور عليه في المال، قال محمد: وعليها اليمين في دعوى الوطء في دخول الاهتداء، فإن نكّلت حلف الزوج وعليه نصف الصدّاق، والخلوة كالشاهد، قال مالك: إن تعلقت⁽²⁾ به وهي تدمي: فالصدّاق بغير يمين، لأنها أفضحت نفسها، وذلك عظيم، وقال أيضا: عليها اليمين، والتعلق كالخلوة كالشاهد، وفي الكتاب: إذا خلا بها في بيت أهلها من غير دخول بناء، صدّق في عدم الوطء، ويشطر الصدّاق، فإن أقر بالوطء كمل الصدّاق واعتدت، ولا رجعة له، فإن الأقارير تقبل على المقرين لا لهم ولا على غيرهم، ولو كان معها نسوة شاهدته قبل وأنصرف، فلا عدة ولا يكمل الصدّاق، وإن أقر بالوطء بعد الطلاق من غير خلوة وكذبت فلا عدة لعدم تحقق سببها. ولها جملة الصدّاق لإقراره، وإن خلا بها مع نسوة ثم طلقها فادّعى الوطء وأنكرته فلا عدة، قال ابن يونس: قال مالك: القول قول المرأة، خلا بها في بيته أو بيتها، لقول عمر رضي الله عنه، وقيل: القول قول الشيب، والبكر ينظر اليها النساء، فإن رأين افتضاضاها صدقت وإلا فلا، قال محمد: الأصل: قبول قولها في الصدّاق دون العدة والرجعة، وفي الجواهر: في خلوة الزيارة ثلاثة أقوال: قوله⁽³⁾ الزائر منهما وهو المشهور، لأن الزائر يمنعه الحياء.

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (ي): نطقت به.

(3) كذا (ي) وفي (د) قولها قول الزائر، ولعل الصواب: قول الزائر.

فرع

قال ابن يونس في كتاب النفقات: قال أبو بكر بن عبد الرحمان: اذا فقد غائبًا عن امرأته - وهي بكر - : قال ابن القاسم: لها الصداق كاملا، لأنه لو كان معها وامتنع من الدخول لزمه، وهذا لا اختلاف فيه، وإنما الخلاف في امرأة المفقود إذا طُلقت بعد الكشف عنه واعتدت عدة الوفاة له^(١). وتأخر كمال الصداق، فإن قدم لا يأخذ منها شيئًا عند مالك وابن القاسم، وقيل: ترد نصفه لعدم الدخول وعدم الموت.

فرع

قال صاحب البيان: اذا دَخَلَ بها غصبًا إن كانت صغيرة صدق وتَشَطَّر الصداق إلى ان تبلغ فتحلف ويكمل، فإن نَكَتْ لم يحلف الزوج ثانية، وإن نَكَلَ كمل، ولا يحلف اذا بلغت، وقيل: لا يحلف اذا كانت صغيرة، وروي عن ابن معدل: لا يحلف وان كانت كبيرة، بل يجب الصداق بمجرد الخلوة.

فرع

قال: اذا افتضها بيده وأمسكها فلا أدب ولا أرش، لأنه افسد على نفسه ماله افساده، ويكمل^(٢) الصَّدَاق، ولو فارقتها فعليه الأرش، لأنه افسد عليها، وقال ابن القاسم أيضا: ذلك كالوطء يكمل به الصداق، وفي غير امرأته يؤدب.

(١) (ي): عدة الوفاة وتأخذ كمال الصداق... منه.

(٢) (ي): ولا يكمل.

فرع

قال: إن قال: إن تزوجتِ فأنت طالق، فتزوجها فطلقت باليمين، فلها نصف الصداق، فإن دَخَلَ: قال مالك: يكمل لها الصداق، وقال ابن نافع: صداق الدخول، ونصف صداق اليمين، لأنه دَخَلَ بها ثانية معتقداً أنها زوجته كما وقع في المدونة في الأختين يتزوجهما أخوان فيدخل كل واحد منهما بغير امرأته فيفرقون، وعلى كل واحد صداقان، صداق امرأته وصداق التي دخل بها لأنه يعتقد انها امرأته.

فرع

في الكتاب: إن دَخَلَ بها محرمة أو حائضاً أو صائمة في رمضان واختلفا في الوطء صدقت، لأن الخلوة شاهد لِحَثِّ الطمع على مخالفة الشرع، بخلاف مدَّعي الحرام في غير هذا.

الفصل الحادي عشر: في التقرير، وفي الجواهر: لا يتقرر شيء بالعقد على المشهور، بل يتقرر النصف بالطلاق⁽¹⁾، والدخول والموت يقرر الكل، وقيل: نصفه بالعقد، والدخول والموت مكمل، وقيل: جميعه بالعقد، والطلاق مسقط للنصف، وقاله (ش) وابن حنبل.

قواعد: الأصل في الأعواض وجوبها بالعقود، فإنها أسبابها، والأصل: ترتب المسببات على الأسباب، فمن لاحظ ذلك أوجب الجميع بالعقد، كضمن المبيع، ومن لاحظ أن العوض في النكاح إنما هو شرط في الإباحة لا مقابل للعضو، وشأن الشرط أن لا يعتبر الا عند تحقق الشروط، والمشروط هو المقتضي له على التحقق، فلا يتقرر شيء الا عند

(1) ((بالطلاق) سقطت من (ي)).

الدخول أو الموت، لأن الصداق انما التزم إلى قصر⁽¹⁾ الزوجين، ويدل على انه مطلوب للإباحة لا لمقابلة منافع العضو: عدم تقرير المنافع، وليس المطلوب الوطأة الأولى فقط، لأنها ليست غرض⁽²⁾ العقلاء في بذل الصداق، وإنما الشرع أوجب بها الصداق لتحقيق أصل الإباحة، ومن لاحظ قاعدة أخرى، وهي: أن ترتب الحكم على الوصف يدل على سببته له، وقد قال تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ (البقرة: 237) فرتب النصف على الطلاق، فيكون سببه أوجب النصف بالطلاق.

الفصل الثاني عشر: في التشطير، في الجواهر: سببه اختيار الزوج الطلاق قبل المسيس في تسمية أو فرض صحيحين.

فرع

في البيان: قال ابن القاسم: اذا أصدق جارية فلا يتزوجها قبل البناء بالزوجة. لأنه شريك فيها، وعلى القول أنها اذا ماتت قبل البناء رجع بالقيمة عليها واختصت بمصبتها: له تزويجها، وان بنى بها جاز التزويج لحصول الملك، وكرهه ابن كنانة، مراعاة لقول من يرى ان له شبهة في مال امرأته، ولأنه لا يُحَدُّ اذا زَنَى بِأَمَتِهَا.

الفصل الثالث عشر: فيما يوجب سقوطه، وفي الجلاب: اذا اعتقت فاختارت نفسها قبل البناء سقط، لأن النصف إنما وجب بغير مسيس جبراً لكسر الطلاق، وهي المختارة له، فلا كسر فلا جبر، وكذلك اذا خيّر

(1) قصر) مكانها بياض في (ي) ولعلها: قصد.

(2) (ي): غرضاً للعلاء.

امراته فاختارت نفسها (وكذلك اذا ملكها فطلقت قبل البناء)⁽¹⁾. وكذلك اذا ارتدت، ويتخرج فيها رواية بأن لها النصف نظراً لأن الردة ليست اختياراً للفراق، بل ايثارا للدين، وتقع الفُرقة تبعاً، ولاحظ الأول انها مغلوبان على الفراق كالرضاع، ولو لاعتنّها قبل الدخول سقط، لأن (الفرقة بلعانها، ولو خالعا على شيء من مالها وسكت عن الصداق قبل البناء سقط، لأن)⁽²⁾ العدول عنه يدل على الرضا باندرجاه في عوض الخلع، واذا ضمن سيده الصداق ثم دفعه لها في الصداق انفسخ النكاح وسقط الصداق، لأنها مختارة للمعاوضة، وكذلك لو ردها بالعيب، لأن الرد من سببها، وفي الجواهر: فيه خلاف.

الفصل الرابع عشر: في التنازع فيه، وفي الكتاب: اذا تنازع⁽³⁾ الزوجان في مقداره بعد الطلاق وقبل البناء فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل براءة الذمة، فإن نكّل حلفت وأخذت مُدّعاهَا، وكذلك إن ماتت قبل البناء فادّعى ورثتها تسميته والزوج تفويضاً⁽⁴⁾، ولو اختلفا قبل البناء من غير موت ولا طلاق: فالقول قولها، لأن بُضعها بيدها فلا يجب عليها تسليمه الا بما ترضى⁽⁵⁾، فإن وافقها الزوج والا تحالفا وتفاسخا كالبيع، ولا صداق لعدم التقرر، وأما بعد البناء فالقول قول الزوج مع يمينه، لأنها مكنته وتدعي شغل ذمته، والأصل: براءتها، وإن تنازعا في التسليم أو ورثتها فلا قول للمدخول بها ولا لورثتها، وإلا فالقول قولها وقول ورثتها، وقال (ح): إذا تنازعا في المقدار فرض صداق المثل، لأنه الأصل حتى يثبت غيره، وإن تنازعا في قبض المؤجل وقد بنى بها بعد الأجل

(1) ما بين القوسين سقط من (ي) .

(2) ما بين القوسين سقط من (د) .

(3) (ي): اذا اختلف الزوجات .

(4) (د): تفريقاً .

(5) (ي): برضاها .

صَدَق، وإن بَنَى بها قبل الأجل صُدِّقَتْ، لأن الظاهر قبضه بعد الأجل، والأصل: عدم قبضه قبل الأجل، وقال (ش) و(ح): القول قول المرأة في عدم القبض بعد البناء مطلقاً عملاً بالأصل، قال أبو الطاهر: ولو وقع بعد الطلاق، فالقول قول الزوج على كل حال، لأنه تدعى عليه غرامة ينكرها وقال ابن يونس: قال محمد: تحلف الشيب في الاختلاف قبل البناء، ويحلف أبو البكر، كان الاختلاف في المقدار أو في النوع ويتحالفاً⁽¹⁾ وينفسخ النكاح، ويبقى⁽²⁾ زوجين بعد البناء والتحالف، وإن اختلفا في المقدار ردت المرأة الى صداق المثل إلا أن يرضيا بما ذكرت، وإنما حلف الأب في البكر، لأنها لا تتصرف في الصداق، قال أبو عمران: إن تحالفاً قبل البناء ثم أراد أحدهما الرضا بما قاله الآخر صح، ويجري هاهنا الاختلاف الذي في البيع وإتيان أحدهما بما يشبهه، وقيل: لا يُراعى ذلك احتياطاً للفروج، وقال سحنون: إذا قالت: تزوجتك على أبي، وقال: بل على أمك، وهو يملكها، تحالفاً وتفاسخاً قبل الدخول، وتعتق الأم لإقراره، وكذلك إن نكلاً، وبعد الدخول يحلف وتعتق الأم، فإن نكلاً حلفت وعتق الأب، وقال: وهو خلاف ما تقدم أنها يكون لها صداق المثل، قال بعض أصحابنا: إن اختلفا بعد الدخول في قبض المال وهو مكتوب في كتاب، فالقول قولها، لأن الأصل: أخذ الوثيقة عند الدفع. قال اللخمي: اختلف في أربعة مواضع، هل يبدأ بالمرأة أو بالزوج، وهل تحالفها فسخ كاللعان أو حتى يتفاسخا، وهل نكولها كأيمانها أو يعود القول قول من نكّل منها أولاً، وهل يعتبر إتيان أحدهما بما يشبه أم لا؟ فقال سحنون: التحالف فسخ، وقال ابن حبيب: الزوج بالخيار في التزام ما ادعت وتركه، وعلى هذا يكون للزوجة أن ترضى بما حلف عليه، وإذا اختلفا في جنسه تحالفاً وتفاسخاً، لأنه ليس أحد الجنسين أولى من الآخر، وقال ابن القصار: بل

(1) أو في النوع تحالفاً.

(2) كذا ولعلها: ويبقى.

القولُ قولُ الزوج بعد البناء لأنها سَلَّمَتْ بُضْعَهَا، والأصل: براءة الذمة مما تدعيه.

فرع

قال: فإن أخذت بالصدّاق رهناً وسلمته: فالقول قول للزوج لتسليمه وقال يحيى: القول قولها مع يمينها، لأن الأصل عدم القبض.

فرع

قال: فإن أخذت حميلاً وأقرت بالقبض، واختلف الزوج والحميل أيها دَفَع، واتفقا على قبض المرأة: فالقول قول الزوج مع يمينه، فإن نَكَلَ حَلَفَ الحمل ورجع عليه، ولا يمين على المرأة، وإن دفع كل واحد منهما بغيبة صاحبه: سئلت المرأة أيها الدافع، فإن قالت: الزوج حلفت للحميل، ولا مقال بين الزوج والحميل، فإن نَكَلَتْ حلف الحمل ورجع عليها، وإن قالت: الحمل، فالقول قول الزوج في الدفع، لأنه يقول^(١): لم أقبض ما اشتريت حتى دفعتُ ما عليّ، ولم يدفع أحد عني شيئاً، ويحلف أيضاً للحميل: ما أعلم أنك دفعت قبل دفعي شيئاً، فإن نَكَلَ برىء الزوج، وغرمت للحميل، وإن حَلَفَ لها ونَكَلَ الحمل، حَلَفَ الحمل: أنك تعلم دفعي قبل دفعك، وترجع عليه، فإن نَكَلَ فلا شيء له على الزوج، وإن قالت: قبل البناء لم أقبض منها شيئاً، وادّعى دفع واحد منهما، حَلَفَتْ يميناً واحدة وأخذت من الزوج، إلا أن يكون معسراً فمن الحمل، وإن ادّعى دفعها مفترقين حَلَفَتْ لها يمينين، فإن حلفت للحميل ونَكَلَتْ للزوج حَلَفَ الزوج وبرىء، ولا شيء للحميل على الزوج إذا لم يدع العلم، وإن

(١) (ي): لم يقل.

حلفت للزوج ونكلت للحميل: حَلَفَ وَرَجَعَ على الزوج، لأن يمينها للزوج
يوجب لها الصداق عليه، ويمين الحميل عند نكولها يوجب أن يكون
الحميل هو الدافع، وان حَلَفَتْ لهما وادعى الحميل علم الزوج بدفعه عنه
بوجه جائز، حلف الزوج، فإن نَكَلَ حلف الحميل وَرَجَعَ عليه، وفي
الجواهر: ان اختلفا في القبض واستقرت عادة صير إليها، والقول قولها،
إلا أن تكون مدخولا بها، فالقول قوله، واختلف في معناه، قال ابو
اسحق: ذلك ببلدٍ عادتُهم التعجيل قبل البناء، فأما في غيره فالقول قول
المرأة، لأن الأصل عدم القبض، وقال عبد الوهاب: إنما هو حيث لم
تكتب وثيقة، وقال ابو الوليد: إنما ذلك لأن معظم البلاد عادتُهم التعجيل
بحمل الجميع على الغالب.

فرع

قال ابن يونس: قال ابو بكر بن عبد الرحمن: إذا ادَّعى ان الولي
شرط لها شرطاً وعطايا، وأنكر الولي ونَكَلَ عن الحلف: حَلَفَ الزوج
ورجعت إلى صداق المثل، وان كان حلفه على ما يستحقه غيره لحقه في
ذلك ويرجع بما زادت التسمية على صداق المثل على وليها، قال ابن
يونس: وأرى إن حَلَفَ الزوج ان يستحق الشرط لامرأته، لأنه كالوكيل
لها، والوكيل يحلف في معاملته، وأما قوله: يرجع بالزائد: يشكل بما إذا
كان أكثر من التسمية، فإنه لا يزداد عليه لدعواه.

فرع⁽¹⁾

في الجواهر: اذا ادعت الفئین بعقدين وشهدت البقية بها لزما، وقدر
تخلل الطلاق بينهما، ثم هل يقدر بعد المسيس ويكون على الزوج بيان انه

(1) هذا الفرع كله سقط من (د).

قبله، أو قبله وعلى المرأة بيان انه بعده يستقر لها الكل ؟ خلاف مبني على استقرار الصداق بالعقد ام لا .

النظر الثاني: في الصداق الفاسد، ولفساده سبعة أسباب: السبب الأول: الشغار، وفي التنبيهات: أصله في اللغة: الرَّفْعُ من قولهم: أشغر الكلبُ برجله اذا رَفَعَهَا لِيَبُولَ، ثم استعملوه فيما يشبهه، فقالوا: أشغر الرجل المرأة اذا فَعَلَ ذلك بها للجَماع، وأشغرت هي اذا فعلته، ثم استعملوه في الجماع بغير مهر إذا كان وطئًا بوطء في قولهم، أنكحني وليتك وأنكحك وليتي بغير مهر، وفسر ذلك في الحديث بذلك، وقيل: سمي بذلك لَحُلُولِهِ عن الصداق، من قولهم: بلدٌ شاغر إذا خلت، قال: وهو حرام إجماعاً، وفي الموطأ⁽¹⁾ نهى عليه السلام عن الشغار: أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته، وليس بينها صداق. قال أبو الطاهر: قيل: التفسير منه عليه السلام، وعليه الأكثرون، وقيل: من نافع راويه. وله ثلاث صور: أن يَعْرِى عن الصداق ففساده في عقده، وإن يسمى لكل واحدة منهما، ففساده في صداقه، فيجري الخلاف في امضائه بالعقد، وإن يسمى لاحدهما فقط، ويتصور في المجبورة على النكاح، والجمهور على تصويره في غيرها، ولما لك: ان الشغار كله يمضي بمجرد العقد، وفي التنبيهات: اختلف أصحابنا في علة تحريمه: هل هي جعل على بُضْع كل واحد منها صداق الأخرى، فيكون للزوج شريك في امرأته، ولذلك فسخ على المشهور قبل البناء وبعده، لكون الفساد في العقد، أو عدم الصداق، وعلى هذا يفسخ قبل فقط، وقيل: يمضي بالعقد لوقوع الموارثة والحرمة فيه إجماعاً، وقاله (ح)، ويستحق مهر المثل، وقال (ش): فاسد ويفسخ، قال ابن حنبل: الشغار فاسد، ويصح منه وجه الشغار، وهو الصورتان الأخيرتان، واتفق الجميع على المنع ابتداءً،

(1) في النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح، عن عبدالله بن عمر، وهو في البخاري في النكاح، باب الشغار. وفي مسلم في النكاح، باب تحريم نكاح الشغار.

والخلاف بعد، إما لأن النهي يقتضي الفساد، أو لا يقتضيه، أو لأن الفساد في الصداق لا في العقد.

تفريع: في الكتاب: اذا قال: زوجني ابنتك على ان أزوجك ابنتي ولا مهر بينهما: يفسخ، ولو ولدت الأولاد، وللمدخل بها صداق المثل لا غير، ولا شيء لغير المدخول، وان قال: زوجني ابنتك بمائة على أن أزوجك ابنتي بمائة، وهو وجه الشغار، ويفسخ قبل البناء فقط، ولها الأكثر من التسمية، أو صداق المثل لجمعهم في الصداق جائزاً وحراماً، وان سمي لأحدهما فقط ثبت نكاح المسمى لها بعد الدخول، ويفسخ الآخر، ولها صداق المثل، قال ابن يونس: (قال ابن القاسم)⁽¹⁾ في صريح الشغار: أحب إليّ فسخه بطلاق، وقال في غير الكتاب: اذا سمي لها كما تقدم فلها صداق المثل، إلا ان يزيد على المسمى، قال صاحب المنتقى: قال ابو حازم: إذا وُضِعَ من صداق مؤلّيته ليضع الآخر عنه في وجه الشغار: انه جائز.

السبب الثاني: كونه مما لا يجوز بيعه لعينه كالخمر، أو لغرره كالآبق، أو دار فلان على ان يشتريها لها. ففي الكتاب: يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل، ويرد ما قبضت من الغرر، وان هلك بيدها ضمنته والا فلا، فإن تغير في يديه⁽²⁾ أو سوقه فهو فوت تضمنه⁽³⁾ بالقيمة يوم القبض والمثلي بالمثلي، وكذلك كلّ ما فساد في صداقه، لأن المقصود من النكاح المواصلة دون التنمية للمال، فتأثيره فيه ضعيف، بدليل نكاح التفويض، ولو وقع مثله في المبيع لم يجز، قال ابن يونس: وروي عنه: يفسخ بعد⁽⁴⁾ البناء لأن الصداق أحد اركان العقد، وقال (ش) و(ح):

(1) ما بين القوسين سقط من (د).

(2) (ي): فان تغير في يدها في بدنه او سوقه ..

(3) (ي): لضمه.

(4) (ي): قبل.

لا يفسخ مطلقاً، ومن الأصحاب من حل الفسخ قبل البناء على النذب. قال ابن القاسم: ويجوز بالعبد البعيد الغيبة كمسيرة الشهر على الصفة، والضمان من الزوج، ولا يدخل حتى تقبضه، وإن قدم ربع دينار، لأن النقد في البعيد لا يجوز، ويدخل في القريب قبل القبض، وإذا هلك القريب فلها قيمته على تلك الصفات، لأنه من المتقومات، وقيل: مثله في الصفة كالمسلم، وإن مات في يدها فعلمت فيه عيباً كان عند الزوج غرمت قيمة العبد معيباً يوم القبض، وترجع بمثله في صفته، وفيه اختلاف، قال عبد الملك: إن تزوج امرأة بثمره لم يبدُ صلاحها فأجِحتَ كلها فهي من الزوج، ولها قيمة الثمرة، وقال ابن القاسم: المصيبة من المرأة بخلاف البيوع، لأن النكاح مكارمة.

فرع

قال صاحب المنتقى: إذا تزوجها بمغصوب⁽¹⁾ ماله فيه شبهة كالابن الصغير في ولايته، لم يختلف أصحابنا أن الأب إن كان ميسوراً كان للزوجة، كما لو اشتراه لنفسه واتبع بالقيمة، أو مثلها في المثليات، أو معسراً: فروي عن مالك: هو للمرأة، ومنع مطرف كالاستهلاك⁽²⁾، وإذا قلنا: هو للابن، قال عبد الملك: بعد الدخول، قال مطرف: بل للمرأة بالدخول، لأن المعاوضة قد تمت باستيفاء البضع، قال ابن حبيب: وهذا ما لم يمنعه الإمام من التزويج بمال ابنه، وإلا فحينئذٍ الابن أحق بها⁽³⁾ اتفاقاً، وإن كان كبيراً لا ولاية عليه انتزع من المرأة، فإن فقد⁽⁴⁾ فلا

(1) (د): المغصوب بماله فيه شبهة...

(2) (د) كالاستهلاك.

(3) (د) بنى أم لا اتفاقاً.

(4) (ي): تلف.

شيء له عليها إلا أن يكون طعاما أكلته، أو ثوبا لبسته، قال ابن القاسم: علمت بهم أم لا، كالاتياع من الغاصب، فإن لم يكن له فيه شبهة كالسرقة ثبت النكاح عند سحنون. وان⁽¹⁾ جهلت فسخ قبل البناء فقط، وخرج أبو الطاهر الصحة مع العلم من الخلاف، فيما⁽²⁾ اشترى من غاصب وهو يعلم، وفي الجواهر: ان تزوج بمغصوب: قال ابن القاسم: لا يفسخ النكاح، وان تعمد ذلك، وعليه مثله إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيماً، وقيل ايضاً: يغرم المثل، وقيل: صداق المثل، وهذه الأقوال فيما اذا أصدقها معيماً فاختارت رده، وقال عبد الملك: يفسخ في المغصوب قبل البناء.

فرع

في الجواهر: قال: اذا تزوج على مائة وخمسين لم يكن عليه سوى خمسين، لأنها المحققة.

فرع

في الكتاب: اذا كان الصداق مؤجلاً لموت أو فراق فسخ قبل البناء للجهالة بالأجل، وثبت بعده ولها صداق المثل نقدا كقيم المتلفات، ولمالك: لها قيمة المؤجل، قال ابن القاسم: ولا يعجني، لأن القيمة فرع الثبوت، قال صاحب النكت: قال غير واحد من القرويين: اذا تزوجها بمائة نقداً أو مائة إلى أجل، أو مائة إلى موت أو فراق ودخل وروعي⁽³⁾ صداق

(1) (ي): عند سحنون ان جهلت، وان فسخ قبل البناء...

(2) (د) فيمن اشترى.

(3) (ي): وروي.

المثل، يقال: كم صداق هذه المرأة على أن فيه مائة مؤجلة، فإن كان أقل من مائتين⁽¹⁾ لم ينقص منها، ويعطي مائة معجلة ومائة إلى أجل، وإن زاد أعطيت الزائد معجلاً، واختلف في الزائد على الثلاثمائة هل يسقط أو يكون لها.

فرع

في الجواهر: لا يجوز على حيل تعينه غائب، لأنه إن لم يرض فلا نِكَاح، وإن قال: إن لم يرضَ أتيت برهن أو بغيره، جاز.

فرع

قال صاحب البيان: إذا جعل عتقها صداقها، مَنَعَهُ مالك، لأنه نكاح بغير صداق، ويفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده بصداق المثل، قال: والأظهر أن فساده في عقده، لأن اللفظ يقتضي وقوعها معاً، والنكاح والمثل لا يجتمعان، وقيل: شرط عليها ما لا يلزمها بعد العتق، فإن رضيت به بعد العتق جاز، وإلا فلا نكاح، ولا يحتاج إلى فسخ، وقال (ش): يجوز جعل عتقها صداقها، وهي بالخيار، فإن امتنعت فعليها قيمة نفسها، وألزمها ابن حنبل النكاح إذا اتفقا على ذلك، بخلاف إذا قال: أعتق على أن تتزوجي بي، ويكون العتق صداقها، فلا يلزم، لأنه سلف في النكاح، والنكاح لا سلف عليه، ووافقنا (ح) في المنع، وفي الصحيحين⁽²⁾

(1) (ي): من المعين.

(2) البخاري في الصلاة والآذان وصلاة الخوف والجهاد، باب دعاء النبي صلى الله عليه وسلم إلى الإسلام والنبوة، ومسلم في النكاح باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، وفي المغازي عن انس بن مالك.

انه عليه السلام جَعَلَ عَتَقَ صَفِيَّةَ صَدَاقَهَا . وجوابه: أنه خاص به عليه السلام كالموهوبة، ويؤيده: أن العقد ان وقع قبل العتق ناقضه الملك، أو بعده امتنع الإيجاب، ولأن العتق إن تقرر لها حالة الرق تناقض، أو حالة الحرية والصدّاق يتقدم تقديره قبل العقد فيقع العقد حالة امتناع الإيجاب مجبراً، وهو محال، فيتعين اختصاصه به عليه السلام، (وقاله⁽²⁾ الرواة ما لم ير صدّاق، ويكون نكاح تفويض أو بغير صدّاق، وهو جائز له صلى الله عليه وسلم)، وفي التلقين: إن أعتق أمته على أن تزوجه بعد العتق لم يلزمها ذلك. وإن شرط أن عتقها صدّاقها لم يصحّ ولزمه الصدّاق.

فرع

قال صاحب البيان: اذا أعطاهما مالاً فاستحق: فهل تمنعه من التماضي على وطئها حتى يُوفيهما حقها؟ أربعة أقوال: له ذلك غَرَّها أم لا، الفرق بين ان يغرها أم لا، يكره التماضي، قاله محمد، تمتنع حتى يُعطي رِبَم دينار ان استحق جميعه والا فلا، فإن تزوجها على بستان عشرة فذئ فظهر خمسة: قال ابن القاسم: لها قيمة الخمسة إن رضيت إمساكه، وو رده فقيمة جميعه على أنه عشرة كالأستحقاق، قال: والقياس أن لها الرد وصدّاق المثل، أو التماسك ونصف صدّاق المثل قياساً على البيع.

فرع

قال: إن تزوجها بمال حرام: قال مالك: أخاف أن يكون زنا، لأن الله تعالى يقول: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ (النساء: 24) وهذا ليس ماله، ولكني لا أقول ذلك.

(1) ما بين القوسين سقط من (د) وفيه: وقاله الرواء (كذا).

فرع

قال اللخمي: إذا تزوجها على خل فوجد خراً: فهو كظهور العيب
ترده وترجع بمثله كالاستحقاق، وقال سحنون: إذا تزوجها بعبد فظهر
خراً فالنكاح فاسد، لخلو العقد عن الصداق، فإن تزوجها على أنه خمر
فوجد خلا: صح النكاح إن رضيا بالبقاء عليه، وإن كره أحدهما لم يتم
النكاح، قال صاحب النكت: إذا قلنا بالمثل إذا وجدت خراً فتلفت القلة
غرم القيمة، وكذلك إذا تزوجها بطعام معين على الكيل فاستحق أو شيء
بما يؤكل أو يوزن، بخلاف البيع، لأن استحقاق المعين لا يفسخ النكاح،
وقال صاحب التنبهات: رجوعها بمثل الخمر خلاً إما بأن تغسل الجرة ثم
تملاً، أو تعرف ما تحمل من الماء ثم يكال مثله، وقال ابن سحنون: فيه
القيمة كالجزاف وقال ابن عبد الحكم: لها صداق المثل، لأنه معدوم شرعاً
فهو كنكاح بغير شيء.

السبب الثالث: كونه منافع الزوج، كخدمتها مدة معلومة، أو
تعليمها القرآن. وفي الجواهر: منعه لما لك: لقوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا
بِأَمْوَالِكُمْ﴾ وقاله (ح)⁽¹⁾، وأجازه أصبغ و(ش)⁽²⁾ وابن حنبل، لقوله
عليه السلام في مسلم: ⁽³⁾ (زوجتكها بما مَعَكَ من القرآن) أي بتعليمك
إياها، وجوابه: أنه إن كان إجارة فهي باطلة، لعدم تحديد المدة، أو
جعالة، وهي في مثل هذا مع عدم تحديد المدة لا تصح، ولأن الجعالة غير
لازمة، والنكاح لازم، بل يجب أن يعتقد أنه لما تعذر الصداق بالعجز
جَعَلَ عليه السلام حفظه القرآن فضيلةً توجب تزويجه، وآخر الصداق في

(1) (ح) مكانها في (ي) بياض.

(2) (ش) سقطت من (ي).

(3) تقدم تخريجه.

ذمته تفويضاً كما زوج أبو طلحة أم سليم على الإسلام، والإسلام لا يكون صداقاً بل تفويضاً.

تفريع، في الجواهر: كرهه ابن القاسم فإن وقع مضى في قول أكثر الأصحاب، وروي عن ابن القاسم: إن لم يكن مع المنافع صداق فسخ قبل البناء وثبت بعده، ولها صداق المثل، وتبطل الخدمة المقدمة، فإن خدم رجع بقيمتها، وكذلك ان وقع على إحجاجها: قال ابن حبيب وغيره: يجوز على أن ترجع إلى إحجاج مثلها، ولها الوسط من ذلك، كما لو تزوجها على شورة ومنعته من الدخول حتى يحجبها⁽¹⁾ أو يعطيها نفقة مثلها في الحج فيكون ذلك صداقها إن شاءت حجت أم لا، وقال اللخمي: الأحسن الجواز في ذلك كله، وإنما كره مالك ذلك لأنه يستحب⁽²⁾ أن يكون الصداق معجلاً، والمنافع تقتضي التأجيل، وكل من تزوج بشيء فهو حال. فإذا حل زمن الحج تعين، ومنع ابن القاسم البناء حتى يقدم ربع دينار، وقال اشهب: لا يلزم، كمن تزوج بمائة إلى سنة، وإن أتى زمن الحج قبل البناء فلها منع نفسها حتى يحجبها كالمؤجل يحل قبل البناء.

السبب الرابع: تفريق الصفة⁽³⁾ فيصدقها عبداً يساوي ألفين علم أن ترد ألفاً، فنصفه مبيع ونصفه صداق: منعه في الكتاب وقال: يفسخ قبل ابنياء ولها بعده صداق المثل، لأن ما يخص البيع أو النكاح مجهول، فيؤدي إلى النكاح بالمجهول، وإلى عرو⁽⁴⁾ النكاح عن الصداق، قال أبو الطاهر: في النكاح والبيع أربعة أقوال: ثالثها: الكراهة، ورابعها: إن بقي بعد ثمن السلعة ربع دينار جاز، وقال ابن الكاتب: إن اعتبر قبل البناء جاز اتفاقاً، وجوزه ابن حنبل، لأن كل واحد يجوز العقد عليه مفرد⁽⁵⁾ فيجوز مجتمعا كالسلعتين.

(1) (ي): يحجبها، وهو تحريف.

(2) (د) لا يستحب، وهو تحريف.

(3) (ي): الصفقة.

(4) (ي): والى عود النكاح إلى .. وهو مصحف.

(5) (ي): منفرد.

قاعدة: العقود أسباب لاشتغالها على تحصيل حكمها في مسيبتها بطريق المناسبة، والشئ الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتنافين، فلذلك لا يجتمع النكاح والبيع لتضادهما في المكايسة والمساحة، ولا يجتمع مع البيع عقود يجمعها قولك: (جص مشنق) الجيم للجعالة، والصاد للصرف، والميم للمساقاة، والشين للشركة، والنون للنكاح، والقاف للقراض⁽¹⁾ لتضاد أحكامها، وفي الجواهر: لو كانت السلعة لغيرك فسخ أيضا، لأنه من باب جمع السلعتين لرجل⁽²⁾، وكذلك لو تزوجها بمال معلوم على أن أعطاها⁽³⁾ الأب دارا، فأما لو تزوجها على غير مسمى على أن أعطاها⁽⁴⁾ الأب دارا صح لأن الدار هاهنا هبة مَحْضَة.

السبب الخامس: الشرط، في الكتاب: اذا تزوجها بألف، وإن كانت له امرأة فالفان لم يجز كالغَرَر، أو وضعت بعضه في العقد على أن لا يُخرجها من بلدها، وإن أخرجها فمهرها ألفان، فله اخراجها وليس لها الا ما تقرّر، كالقائل: إن أخرجتك من الدار فلك ألف، فإن حطت عنه بعد العقد لذلك، فلها الرجوع لتعيّنه لها بالعقد، وروي عن مالك: إن حطّت في العقد من صداق مثلها لها الرجوع والا فلا، قال ابن يونس: قال مالك: اذا قرر قبل الملك ستين، ووضع عنه عند العقد عشرين لأجل الشرط فلها الرجوع، وانما الذي يرجع به أن يقول: أتزوجك بمائة ثم أضع خمسين، فإن طلقها في القسم الأول قبل البناء فليس لها الا نصف ما بقي بعد الشرط، لأنه لم يخالفه، وفي الكتاب: وإن أعطته مالا لشرط وان خالفه فهي طالق، فخالفه لم ترجع بشيء، لأنها آثرت طلاقها به، قال اللخمي: إن تزوجها بمائة وان أخرجها من بلدها فبائتان، فأخرجها فلها

(1) (د) للفرائض، وهو تحريف.

(2) (د): لرجلين.

(3) (د) اعطاء.

(4) (د): اعطى.

المائتان، لقوله⁽¹⁾ عليه السلام: (إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحلَّتم به الفروج) وقال مالك مرة: لها الأقل من صداق المثل أو المائتين قال: وهو أقيس، قال مالك: إذا اشترطت السكنى عند أبيها بمال اشترطت ما لا يباع وترجع به، وإن اشترطت: إن لم يأت بالصداق في وقت كذا فلا نكاح بينهما، فهل يبطل العقد أو الشرط؟ فيه خلاف، وإذا شرط في الصداق انه لموت أو فراق (وفات بالبناء فقال مرة: له صداق المثل، وقال مرة: تنمة المسمى نقدًا، فإن تزوجت بمائة نقدًا أو مائة إلى موت أو فراق)⁽²⁾ فقال: صداق المثل مطلقا، وقال مرة: ما لم ينقص عن المائة، وقيل: ما لم ينقص عن المائة ويزيد على المائتين، وقيل: يقوم بأجله ويختلف إذا كانت العادة بموت أو فراق. ولم يشترطه: هل يجوز وتأخذه متى أحبت؟ لأن الأصل الحلول، والتأخير مكارمة، أو فساد⁽³⁾ للعادة، وفي الكتاب: يكره النكاح بصداق بعضه مؤجل إلى سنة، وإن وقع جاز، وللزوج إذا أتى بالمؤجل الدخول، وتأخر بقيته إلى الأجل، ويجوز في البعيد ما لم يتأخر، وفي الجواهر: كره مالك وأصحابه تأجيل بعض الصداق، وجوزه ابن القاسم لأربع سنين، وابن وهب لسنة، وقال ابن وهب: لا يفسخ إلا أن يزيد على عشرين سنة، وقال ابن القاسم: لا أفسخ إلا الأربعين، وروي: الستون، والمدرك: أن الصداق قبالة الإباحة، فلا ينبغي أن يتأخر عنها، بخلاف الثمن في البيع، ومنهم من رأى الأجل القريب في حكم النقد، واختلفوا فيما يحل⁽⁴⁾ قريبًا، فإن أخر بعضه إلى غير حد فسخه مالك قبل البناء لفرط الغرر، ويعطي صداق المثل بعد

(1) تقدم تحريره، وهو في البخاري في النكاح. باب الشروط في النكاح، عن عقبة بن عامر.

(2) ما بين القوسين سقط من (ي).

(3) (ي): أو فاسدة.

(4) (د): يُعد.

البناء معجلاً، إلا ان يكون صداق مثلها أقل من المعجل فلا ينقض منه، أو أكثر من المعجل والمؤجل فيعطاه. إلا ان يرضى الزوج بتعجيل المؤجل، أو المرأة بإسقاطه فلا يفسخ، وإن شرط في بعض الصداق إلى يُسرّه، وهو مولى، أو مطالبته به، أجازّه ابن القاسم لحصول الملاّة، وهو حال، وقال عبد الملك: يفسخ النكاح قبل البناء ولها صداق المثل لاشتراطه أجلاً غير معلوم.

فرع

قال: لو شرط الخيار لها في الصداق في أحد العبدین صح، أوله فسخ قبل البناء، ولها بعده صداق المثل، لأنه لم يثبت أمر الصداق، بخلاف إذا كان لها، ولو قال: تزوجتها بألف على أن لأمها ألفاً صحَّ وهما للمرأة لأنها الباذلة للعرض.

السبب السادس: ان يتضمن اثباته رفعه، كما إذا زوج عبده وجعل رقبته صداقاً، ففي الجواهر: يفسد.

السبب السابع: مخالفة الأمر فيما يسمى، ففي الجواهر: لو قال: زوجني بألف فزوجه بألفين، وعلى قول الزوج والتزويج بينة ولم يدخل، فإما أن يرضى بألفين والا فلا نكاح، لأنها لم ترض إلا بهما، ولو التزم الوكيل الزائد لصحة العقد، ففي إيجاب الزوج قولان نظراً للمنة أو مراعاة للعقد، ولو رضيت بالألف لزم الزوج، ولو دخل فثلاثة أقوال، لزوم الألف للزوج، والزائد للرسول، لأنه متعد، ويسقط الزائد عن الرسول، لأن الأصل أن لا يغرم الا مستوفي المنفعة، أو صداق المثل، لأن المرأة لم تدخل على الألف، والزائد على الرسول لتغيره بالقول، وإن لم يكن على قول الزوج والعقد بينة، ورضي بالألفين لزم النكاح، وإلا إن رضيت الزوجة بالألف لزم، وإلا قلَّها أن تحلف الزوج، فإن نكَل حلفت

واستحقت الألفين، وصح النكاح، وإن دخل وتراضيا صح، وإلا فلا،⁽¹⁾ فإن أقر الوكيل بالتعدي لزم الإتمام، والا فتحلف على أنه لم يأمر الا بألف ويبرأ، فإن نكّل غرّمها، قال: وهذه يمين لا ترجع لأنها يمين تهمة، إلا أن تدعي المرأة تحقيقاً فترجع وبلا خط⁽²⁾.

قاعدة أخرى: وهي أن من سلط على ماله خطأ هل تُسقط الغرامة له التسليط أم لا، لأن المرأة سلطت على بُضْعِها خطأ؟

فرع

قال: إذا نكّل، فهل له تحليف الرسول فإن حَلَفَ برىء والا غرم؟ فيه خلاف، سببه: هل يمين الزوج لتصحیح قوله فَقَطْ أو لذلك وابطال قول الرسول؟ فَعَلَى الأول⁽³⁾ يعد مقراً إذا نكّل ولا يحلفه، وعلى الثاني له تحليفه، وأصل آخر: هل النكول كالإقرار فلا يحلفه أو لا فيحلفه؟ وإن دَخَلَ فليس على الزوج الا الألف، ثم إن أقر الرسول بالتعدي فهل يغرم ام لا؟ خلاف وإن أنكر وقلنا: يغرم للزوج تحليفه، فإن نكّل حلف واستحقت المرأة، وإن قلنا: لا يغرم فلا شيء للزوجة، وإن كان على التوكيل⁽⁴⁾ بينة دون العقد ولم يدخل حَلَفَتْ أن العقد بألفين، فإن رضي الزوج والا له الفسخ، وإن نكلت⁽⁵⁾ صح بالألف إلا أن يكون الزوج علم ما وقع به العقد فيحلف، وإن كانت البينة على العقد دون التوكيل، يحلف أن التوكيل لم يكن الا بما قاله، لأن الأصل عدم الزائد، فإن حَلَفَ قبل الدخول ورضيت المرأة صح، والا قَلَّها الفسخ، وإن نكّل فهي يمين لا

(1) (فلا) سقطت من (ي)، ولا بد منها.

(2) (ي): أو نال خط.

(3) (ي): أيحد مقراً، وهو تصحيف.

(4) (د): الوكيل.

(5) (ي): فإن نكل.

ترجع إلا ان تدعي المرأة التحقيق، وهل له تحليف الوكيل اذا نكّل الزوج على ما تقدم، واختار محمد عدم التحليف، فإن دَخَلَ حَلَفَ ومضى النكاح بالألف، وان نكّل والمرأة تدعي تحقيق الدعوى عليه حلفت وإلا فاليمين لا ترجع، ويُختلف في تحليفه للوكيل على ما تقدم، هذا اذا لم يعلم بالتعدي، أما إن علم الزوج دونها فعليه الألفان لدخوله عليهما، أو هي دُونُهُ فَمَالَهَا إلا ألف أو هُمَا جَمِيعًا، وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه، فعليه الألفان، أو لا يعلم احدهما بعلم الآخر: فلها الألفان، قال المتأخرون: وفيه نظر لأن علمه معارض بعلمها فينبغي أن يكون لها ألف ويقتسمان الأخرى، وان علم بعلمها ولم تعلم بعلمه، فلها الألف فقط، أو علمت بعلمه ولم يعلم بعلمها فعليه الألفان، لأنها على ذلك دَخَلَا، وأصله: أن كل واحد منهما يلزمه ما دخل عليه.

القطب الرابع: العقد نفسه، وفيه تسعة فصول:

الفصل الأول: في صيغته، وفي الجواهر: هي لفظ يقتضي الملك على التأييد، كالنكاح، والتزويج، والتمليك، والبيع، والهبة، ونحوها، قال القاضي ابو الحسن: ولفظ الصدقة، وقال الأصحاب: ان قصد بلفظ الإباحة النكاح صح، ويضمن المهر، ويكفي قول الزوج: قبلت بعد الإيجاب من الولي، ولا يشترط: قبلت نكاحها، ولو قال للأب في البكر أو بعد الإذن في الشيب: زوجني فقال: فعلت، أو زوجتك، فقال: لا أرضى، لزمه النكاح لاجتماع جزأي العقد، فإن السؤال رضا في العادة، وقال صاحب المقدمات إلا ينعقد الا بلفظ النكاح او التزويج دون غيرها من الفاظ العقود، وفي الهبة قولان: المنع كمذهب (ش)، والجواز كمذهب (ح)، لأن الطلاق يقع بالصريح والكناية، فكذلك النكاح، ويرد عليه: أن الهبة لا تنعقد بلفظ النكاح، فكذلك العكس، وأن النكاح مفتقر إلى الصريح ليقع الإشهاد عليه، قال صاحب الاستذكار: أجمعوا على انه لا ينعقد بلفظ الإحلال والإباحة. فتقاس عليه الهبة، وقال صاحب القبس:

جوزة (ح) بكل لفظ يقتضي التملك على التأيد، ومالك، بكل لفظ يفهم منه المتناكحان مقصدهما، وقال صاحب المنتقى: قال عبد الوهاب: ينعقد بكل لفظ يقتضي التملك المؤبد، كالهبة والبيع، وزاد أبو الحسن: لفظ الصدقة، وسواء ذكر الصداق في الهبة والصدقة أم لا، وقال المغيرة: لا ينعقد إلا بلفظ التزويج والنكاح، وقاله (ش)، لأنها المذكوران في القرآن ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ (النساء: 22) ﴿فَلَمَّا قُضِيَ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾ (الأحزاب: 37) ووافقه ابن حنبل، وأجابوا عما احتججنا به بما ورد⁽¹⁾ في الحديث: (ملكتموها بما معك من القرآن) رواه البخاري مع أن الحديث ورد بألفاظ مختلفة، والقصة واحدة فيستحيل اجتماعها، بل الواقع أحدها، والراوي روى بالمعنى فلا حجة فيه، ولم يستثن (ح)⁽²⁾ غير الإجارة والوصية والإحلال، وجوزة بالعجمية وإن قدر على العربية، والجواب بقوله: فعلت.

قاعدة: كل حكم شرعي لا بد له من سبب شرعي، وإباحة المرأة حكم فله⁽³⁾ سبب يجب تلقيته من السمع، فما لم يسمع من الشرع لا يكون سبباً، وعلى هذه القاعدة اعتمد (ش) والمغيرة⁽⁴⁾، وهو ظاهر كلام صاحب المقدمات في النقل عن المذهب.

قاعدة: الشرع كما ينصب خصوص الشيء سبباً، كروية الهلال، والزوال، والقتل العمد العدوان، فكذلك ينصب مشتركاً بين أشياء ويلغى⁽⁵⁾ خصوصياتها، كألفاظ الطلاق فإن المقصود منها ما دل على

(1) وهو رواية من حديث الواهة نفسها وقد تقدم تخريجه مرتين.

(2) مكانها بياض في (د).

(3) (د): فلا سبب، وهو تحريف.

(4) (والمغيرة) سقطت من (ي).

(5) (ي): وينبغي، وهو تصحيف.

انطلاقها من عصمة النكاح، والفاظ القذف المقصود منها ما دل على النسبة إلى الزنا أو اللواط، والفاظ الدخول في الإسلام، المقصود منها ما دل على مقصود الرسالة النبوية، والنكاح - عندنا - على ما حكاه مَنْ تقدم ذكره، من هذه القاعدة. ويدل على ذلك أنه ورد بالفاظ مختلفة في الكتاب والسنة، والأصل: عدم اعتبار الخصوص، فيتعين العموم وهو المطلوب.

قاعدة: يحتاط الشرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى التحريم، لأن التحريم يعتمد المفسد فيتعين الاحتياط له، فلذلك حرمت المرأة بمجرد عقد الأب، ولا تحل المبتوتة إلا بالعقد والوطء الحلال والطلاق وانقضاء العدة والعقد الأول، فهذه القاعدة أوقعنا الطلاق بالكنايات وإن بُعدت حتى أوقعناه بالتسبيح والتهليل إذا أريد به الطلاق، لأنه خروج من الحل فيكفي فيه أدنى سبب، ولم يجز النكاح بكل لفظ بل بما فيه قرب من مقصود النكاح، لأنه خروج من الحرمة إلى الحل، وجوزنا البيع بجملة الصيغ والأفعال الدالة على الرضا ينقل الملك في العوضين، لأن الأصل في السلع الإباحة حتى تملك بخلاف النساء، ولعموم الحاجة للبيع، ولقصوره في الاحتياط عن⁽¹⁾ الفروج، فإذا أحطت بهذه القواعد ظهر لك اختلاف موارد الشرع⁽²⁾ في هذه الأحكام، وسبب اختلاف العلماء، ونشأت لك الفروق والحكم، والله تعالى يهدينا سواء السبيل.

الفصل الثاني: في الإشهاد عليه، قال صاحب المقدمات: لا يجب في العقد ويجب للدخول، فإن دخل ولم يُشهد، أو في نكاح السر: فرق بينهما وإن طال الزمان بطلقة لإقرارهما بالنكاح، وحد إن وطئ إلا أن يكون الدخول فاشياً، أو يكون على العقد شاهد واحد فيدراً الحد للشبهة، فإن أشهد شاهدين وأمر بالكتان فسخ قبل الدخول وبعده على المشهور، إلا أن

(1) (د) : على .

(2) (د) ظهر لك مراد الشرع .

يطول، وقيل: لا يفسخ مطلقاً، ووافقه صاحب المنتقى على الفسخ إذا لم يُشهد على الدخول، وقال: ذلك ذريعة للفساد، ومنع التفرير⁽¹⁾ على الخلوة، وقال ابن القاسم: إن لم يُشهد إلا شاهداً واحداً فسخ، وتزوجها بعد الاستبراء بثلاث حيض، قال ابو الطاهر: الإشهادُ عندنا شرط في صحة الدخول دون العقد، ولم أجد احداً من الأصحاب خالفَ في هذا، قال ابن الحاجب: الفسخ بطلقة بائنة إذا لم يشهد على الدخول، واشترط الأئمة الشهادة في العقد، لقوله⁽²⁾ عليه السلام: (لا نكاح الا بولي وصادق وشاهدي عدل) وجوابه من وجوه: أحدها: أن النفي دائر بين القضاء والفتوى، ولم ينص على أحدهما فهو مطلق فيهما، ونحن نحمله على القضاء، فلا يحكم حاكم بصحة نكاح الا ببينة، أما الحل: فثابت بدون البينة، وثانيها: انه دائر بين العقد والدخول، ونحن نحمله على الدخول، لأن اللفظ فيه حقيقة وفيما ذكره مجاز، والحقيقة مقدمة على المجاز، وثالثها: أن الصداق مذكور مع عدم⁽³⁾ شرطيته في العقد بدليل التفويض، فكذلك الشهادة قياساً عليه بطريق الأولى، لأن الصداق ركن داخل في الحقيقة، والبينة خارجة عن حقيقة العقد، ورابعها: يحمل النفي على الكمال، وهو متفق عليه، ويؤيده ذكر الصداق، وهو معتبر في الكمال.

تفريع: في الكتاب: من عقد بغير بينة غير مسر أشهد الآن وجاز، ولا يتزوج الرقيق الا بالبينة والصداق، وان أشهد الأب واجنبي على اذن

(1) (د): التعرير.

(2) رواه عبد الله بن احد في زوائد مسند ابيه، عن عمران بن حصين، والشافعي وغيرهم بسند ضعيف، وله الفاظ وروايات ليس فيها: وصداق، ورواه الدارقطني (220/3) بلفظ: لا نكاح الا بولي وشهود ومهر الا ما كان من النني. الا انه موقوف على أبي سعيد الخدري، ورواه البيهقي في (السنن الكبرى 125/7) مرسلًا عن الحسن البصري بهذا اللفظ بسند رجاله ثقات، وروي موصولاً عن عمران وعائشة، وله شواهد بلفظ: لا نكاح إلا بولي وشاهدين، انظر: (ارواء الغليل 258/6) لشيخنا الألباني.

(3) (عدم) سقطت من (ي).

الثيب في العقد وأنكرت لم يجوز لأن الأب شهد على فعل نفسه، وإن وجد رجلًا وامرأة في بيت فشهد أبوها وأخوها بعقدها لم يجوز نكاحه، ويُعاقبان، وإن نكح مسلم ذميمة بشهادة ذميين لم يجوز، فإن لم يدخل أشهد الآن مسلمين ولزم النكاح.

تنبيه: ظاهر المذهب يقتضي أن تُحمل الشهادة في النكاح يُشترط فيه شروط الأداء من الإسلام وغيره، وقاله (ش) واكتفى بمن ظاهره العدالة، ووافقنا ابن حنبل غير أنه جوز أن يكونا عبيدين، لأن شهادة العبيد عنده تقبل، وسوى (ح) بين تحمل شهادة النكاح وغيره، فجوز شهادة الفاسقين لأنها قد يكونان عدلي عقد الأداء. لنا: إن المطلوب في الحال دفع مفسدة التهمة بالزنى والتغدير⁽¹⁾ على الخلوة المحرمة واثبات نسب الولد، وذلك إنما يحصل بأهلية الأداء فتشترط⁽²⁾.

الفصل الثالث: في اظهاره،⁽³⁾ قال⁽⁴⁾ عليه السلام: (أعلنوا النكاح، واضربوا عليه بالغربال، - ويُرَى - بالدفوف) رواه الترمذي، قال ابن يونس: قال محمد: الغربال: الدف المدور، وقال غيره: هو المغشي من جهة واحدة، وقال مالك: لا يُستحسن المزهر المربع، ولا بأس بالدف والكبر، ولا يجوز الغناء في العرس ولا غيره إلا كما كان يقول نساء الأنصار، أو الرّجّز الخفيف من غير إكثار، قال اللخمي: الإعلان مندوب إليه، وأوجه ابن حنبل، ونكاح السر حرام، واختلف فيه، فقليل: ما أمر الشهود يكتانه وإن كثروا، وقيل: ما عقد بغير شهادة ولو بامرأة وعلى

(1) (د) التقرير.

(2) (فتشروط) سقطت من (ي).

(3) (ي): اعلانه.

(4) الترمذي في النكاح، باب ما جاء في إعلان النكاح، عن عائشة، ورواه ابن حبان كما في (موارد الظمان) رقم: 1285، وله شواهد عدة يحسن بها، وفي (د): أعلنوا بالنكاح، والرواية: أعلنوا هذا النكاح.

الأول قال ابن الجلاب: يعلن بعد ذلك ولا يفسخ، وقال ابن حبيب: يفسخ بطلقة إلا ان يتطاول، وهو قول مالك وأصحابه، وإذا لم يؤمر الشاهدان بالكتان فهو جائز اتفاقاً، وقال الأئمة: لا يفسخ نكاح السر، لنا: نهي⁽¹⁾ صلى الله عليه وسلم عن نكاح السر، والنهي يدل على الفساد.

تفريع: في الكتاب: من استكم البينة في العقد فسَدَ، قال ابن شهاب: وفرق بينهما ولو دخلا، ولها المهر بالبناء وإلا فلا شيء لها، ويعاقب الزوجان، والبينة: قال ابن يونس: إذا قال لهم: اكتموه عن أمرأتي الأخرى، أو في منزل العقد فقط، أو ثلاثة أيام ثم اظهروه، فهو نكاح السر، قال أشهب: إن فعل ذلك بعد العقد ولم يكن نواه عند العقد جاز، وقال أصبغ: لا يفسد إذا اضم⁽²⁾ ذلك، كما لو تزوج ونيته الفراق.

الفصل الرابع: في لزومه⁽³⁾، والخيار - عندنا - لا يشرع فيه ابتداء بخلاف البيع، لأن حكمة الخيار استدراك المصلحة الفاتنة حالة العقد، والنكاح انما يقع بعد الفحص، والأصل في العقود: اللزوم، ولأنه يفضي إلى بذلة المخدرات وذوات⁽⁴⁾ الأعيان بين القبول والرد، ولذلك أوجب

(1) يستفاد النهي من أمره عليه السلام باعلان النكاح وقوله: (فصل ما بين الحلال والحرام: الدف والصوت) رواه الترمذي والنسائي عن محمد بن حاطب الجمحي، وروى الترمذي (205/1) والبيهقي والطبراني في الكبير عن ابن عباس مرفوعاً: (البغايا اللواتي يزوجن أنفسهن بغير بيعة) ولكنه ضعيف. ورواه الطبراني في الأوسط عن محمد بن عبد الصمد إلى أبي هريرة. قال الهيثمي في (مجمع الزوائد 285/4) ومحمد بن عبد الصمد لم يتكلم فيه أحد وبقي رجاله ثقات، وعن أبي حسن المازني ان النبي ﷺ: كان يكره نكاح السر حتى يضرب بدف. رواه أحمد، وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقد أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة: هذا نكاح السر، ولا أجيزه. ولو كنت تقدمت فيه لرجمت. رواه مالك في (الموطأ) في النكاح، وعنه الشافعي في (السنن) وعنه البيهقي وهو ضعيف لإلحاق بين أبي الزبير وعمر.

(2) (د) إذا ضمن، وهو تصحيف.

(3) (ي): في دوامه.

(4) (ي): وبنات.

الشرع لمن نصف الصداق قبل الدخول جبراً لكسر الرد، وأبطل الأئمة شرط الخيار، وزاد (ش): إبطال النكاح، وفي الكتاب: إذا تزوج على الخيار له أو للولي، أو للزوجة، أو لجميعهم فسخ قبل البناء، لأنها لو ماتا قبل الخيار لم يتوارثا، ويثبت بعد البناء بالمسمى، وكذلك إذا تزوج على إن لم يأت بالصداق إلى أجل كذا (فلا نكاح بينهما، وقد كان يقول فيها: يفسخ بعد البناء، قال ابن يونس: قال أشهب: إذا قال: إن لم آت بالصداق إلى أجل كذا⁽¹⁾) فأمر بك ببدك، لا يفسخ، لأنه شرط لازم.

فرع

في الكتاب: إذا قال: إذا مضى شهر تزوجتك، ورضوا بذلك، فهو باطل، لا يقام عليه.

فرع

قال صاحب البيان: إذا تزوج على مشاورة فلان في المجلس قبل الإفتراق، أجازته ابن القاسم، فإن مات أحدهما بعد الرضا في المشاورة البعيدة قبل الدخول أو بعده على القول بالفسخ بعده جرى⁽²⁾ التوارث على الخلاف الذي في المدونة في الميراث والطلاق، وفيما يفسخ من الأنكحة المختلف فيها، قال ابن القاسم: وإذا قال المستشار: لا أرضى، ورضي الزوج ثبت النكاح، وحكى التونسي لزوم قول المستشار⁽³⁾ لأنه المشترط.

فرع

قال صاحب المنتقى: لمالك في النكاح الموقوف قولان، وأجازه (ح) ومنعه (ش)، وصفته: أن يتزوجها ويوقفه على إجازتها، ويعلم الزوج بذلك، وقال القاضي أبو الحسن: يصح أن يوقف على إذن الولي بعد رضا

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) (ي): ويجري في التوارث على الخلاف.

(3) (ي): المشر.

الزوج دونها، لأن الخيار فيه ليس عامًا، وقال القاضي ابو الحسن: يصح مع القرب استحسانًا، قال: والموقوف طرفاه على المرأة قولان، وأحد طرفيه على الآخر إما الزوج أو الولي، في كراهة ما قُرب منه قولان، وهو الصحيح⁽¹⁾ اتفاقًا، وفي بطلان ما بعد قولان.

الفصل الخامس: في هزله، قال صاحب البيان: المشهور أن هزل النكاح كجده، وقاله الأئمة لما في الترمذي:⁽²⁾ قال عليه السلام: (ثلاث هزلن جد: الطلاق والنكاح والرجعة) وفي الموطأ⁽³⁾ موقوفًا على سعيد ابن المسيب، وعوض الرجعة: العتاق، وروي عن مالك: أن هزله هزل، لقوله⁽⁴⁾ عليه السلام: (الأعمال بالنية، وإنما لامرئ ما نوى).

فرع

قال صاحب البيان: اذا خطب المرأة فقال الولي: تزوجت فلانًا، وقال بعد ذلك: أردت الدفع، قال ابن القاسم: ان حلف فلان ثبت نكاحه إن قامت بينة على إقراره، وأما بقول الأب⁽⁵⁾ الخاطب، فالقول قول الأب مع يمينه، وقال اصبغ: النكاح لفلان طلب بنكاح سابق أو بهذا القول، لأن

-
- (1) (ي): وهو يصح.
 - (2) في الطلاق، باب ما جاء في الجبد والهزل، عن ابي هريرة، ورواه ابو داود في الطلاق، والدارقطني في (السنن) ص: 432 والحاكم في (المستدرک 2/197) وفي سنده ضعف وله شواهد يتقوى بها جلبها ابن حجر في (تلخيص الحبير 3/209) ولفظه المشهور. ثلاث جدن جد، وهزلن جد: النكاح والطلاق والرجعة. انظر: (ارواء الغليل 6/224).
 - (3) كتاب النكاح باب جامع النكاح.
 - (4) رواه مسلم في الامارة، باب قوله صلى الله عليه وسلم: انما الأعمال بالنية عن عمر بن الخطاب، وهو في البخاري في عدة ابواب في بدء الوحي، والايمان، والعتق وغيرها.
 - (5) (الأب) سقطت من (ي).

النكاح لا لعب فيه، وقال محمد: لا يلزم بهذا ولا بدعوى متقدمة. قال: وهو أشبه الأقوال.

قاعدة: لله تعالى أحكام في الظاهر على يد الحاكم، لا تثبت في الباطن على ألسنة المفتين، كالأقضية المستندة إلى الأقارير والبيانات الكاذبة، وكل⁽¹⁾ حكم في الباطن فهو حكم الله تعالى في الظاهر إذا ثبت، وقد يثبت في القضاء ما لا يثبت في الفتوى، فمعنى قول العلماء: هزل هذه الثلاثة جد، ليس معناه ما دلت القرائن فيه على اللعب، بل المستعمل للفظ له ثلاث حالات: تارة يستعمله فيما وضع له، فهذا يلزم في القضاء والفتوى، وتارة يستعمله في غير ما وضع له مجازاً، فهذا لا يلزم في الفتوى ويلزم في القضاء، إلا أن يدل دليل على إرادته المجاز، وتارة يطلق اللفظ ولا يستعمله في شيء، فهذا هو الهزل لا يلزم في الفتوى على المشهور، وإن دل دليل على ذلك في القضاء لا يلزم، وإلا لزم⁽²⁾ بناء على الظاهر، فتأمل هذا المكان، فتحقيقه عزيز، وانما جعل الشرع الهزل في هذا الباب كالجد احتياطاً له لشرفه، وعظيم ما يترتب عليه.

الفصل السادس: في توقيته، وهو نكاح المتعة، وهي باطلة - عندنا وعند الأئمة - لما في الموطأ⁽³⁾ (نهي عليه السلام عن متعة النساء يوم خير، وعن أكل لحوم الحمر الإنسية) قال صاحب البيان: إذا تزوج المرأة ونيته فراقها بعد لذة، لا بأس به عند مالك والأئمة. وكذلك إذا نوى طلاقها عند سفره من بلد الغربية، فلو علمت المرأة بذلك فهو متعة محرمة، وأما النهارية: وهي التي تزوج على أن لا يأتيها الا نهاراً، قال ابن

(1) (وكل) سقطت من (ي).

(2) (والا لزم) سقطت من (د).

(3) في النكاح، باب نكاح المتعة، عن علي بن أبي طالب، ورواه البخاري في المغازي، باب غزوة خير، ومسلم في النكاح، باب نكاح المتعة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

دينار: يفسخ قبل البناء وبعده، لأن فسادَه في العقد، والذي يأتي على المدونة: الفسخ قبل البناء ويثبت بعده، ويأتيها ليلاً ونهاراً، وقاله أصبغ، وهل⁽¹⁾ يجب بعد البناء المسمى أو صداق المثل؟ وهو الأظهر لتأثير الشرط في الصداق.

الفصل السابع: فيما يقترن به من الشروط، وفي الجواهر: الشروط ثلاثة أقسام.

القسم الأول: يقتضيه العقد كالإلفاق والوطء فلا يؤثر ذكره.

القسم الثاني: ما يناقض العقد كعدم القسمة ونحوه، فيمتنع ويفسخ النكاح قبل البناء، وفي فسخه بعده خلاف،

القسم الثالث: ما لا تعلق له بالعقد، كشرط عدم إخراجها من بلدها، وهو مكروه، لما فيه من أسباب الخصومات، قال مالك: ولا يلزم من الشروط إلا ما فيه تمليك أو عتق، فإذا شرط ولم يعلقه بيمين ولا تمليك، ولا وضعت عنه من صداقها لأجله، فله مخالفته، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: الشرط اللازم يعود بعد الطلاق إذا بقي من الملك الأول شيء، وقال (ش): إنما تقدر الشروط إذا كانت منافية لمقصود العقد إن ذكرت معه، وإن ذكرت قبله وسكت عنها معه فلا، وإذا سقطت الشروط لها مهر مثلها، وقال (ح): تبطل الشروط كلها ويصح النكاح، ويكمل لها المهر، إن لم يف لقوله⁽²⁾ عليه السلام: (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل)، وقال ابن حنبل: يلزم الوفاء بكل شرط فيه فائدة.

(1) (د): وقيل.

(2) البخاري في العتق، باب ما يجوز من شروط المكاتب. من عائشة، ومسلم في العتق، ونحوه في (الموطأ). ومسند أحمد (183/6).

فرع

قال صاحب البيان: اذا جَعَلَ أمرُ كل امرأة يتزوجها بيدها، فتزوج وأقامت مدة لا تقضي بشيء: فثلاثة أقوال: إن مضى شهر ونحوه سَقَطَ ما كان بيدها إلا أن تشهد أن ذلك بيدها لتنظر فيه، قال ابن القاسم، وذلك بيدها ما لم يدخل أو يطل قبل البناء، قاله مالك، وذلك بيدها ما لم تدخل، (قاله مالك)⁽¹⁾.

فرع

قال: ان اشترطت في العقد أن يطلق امرأته فطلق واحدة فقالت: أردت ثلاثاً: قال مالك: طلقت ثلاثاً، لأن لفظ اليمين على نية المستحلف وكذلك لو كان تمليكاً بخلاف إذا تطوع بذلك من غير شرط، وقيل: ذلك سواء.

فرع

قال: اذا زوج أمته على ان اول ولد تلده حر، فسخ قبل البناء وبعده ابدا، لمناقضته العقد، وقال عبد الملك: اذا لم يعثر عليه حتى ولدت لا يفسخ لذهاب الشرط، وأما اذا شرط: كل ولد حر، فسخ ابدا اتفاقا، فإن باعها السيد أو أصدقها⁽²⁾ قبل أن تحمل بطل الشرط، ورق الولد، وفسخ النكاح، ولا يجوز بيعها إذا حملت إلا أن يرهقه دين فتُباع فيه، قاله في المدونة، وقال أصبغ: لا تباع فيه حفظا للعتق، وإن مات السيد

(1) زيادة من (ي).

(2) (ي): او فارقها، ولعله الصواب.

قبل وضعها : قال ابن القاسم : للورثة قسمته ، وبطل العتق⁽¹⁾ ، ومنع اصبح
إلا أن يطول الأمر ويخاف على الميراث التلف ، إذا حل ثلث الأمة ، لأن
العتق منعه ، والا بيعت وقسمت .

فرع

قال : اذا قال عند العقد : رضيت بالشروط ولا ألتزمها الا بعد البناء ،
(فبنى بخلافها فأنكرت عليه امرأته فقال : إني قلت : لا التزمها الا بعد
البناء)⁽²⁾ فقالت : ما بين لي هذا . لا يلزمها النكاح ، وان التزم الشروط
الآن ، إلا أن يكون في المجلس قبل الافتراق ، وان رضيت بسقوط
الشروط لا ينفع بعد الطول على المشهور في اشتراط رضا المرأة في القرب ،
قال : والأظهر هاهنا : البطلان مطلقا ، لعلم الزوج والولي بأن⁽³⁾ المرأة لها
الخيار اذا اطلعت .

فرع

قال : اذا اشترطت : إن تَسَرَّى عليها فهي حرة ، وله أم الولد ، إن لم
تعلم بها عتقت عليه ، لأن المقصود أن لا يشاركها غيرها ، وإن شرطت ان
السرية⁽⁴⁾ صدقة عليها ، قال ابن القاسم : الشرط باطل ، لأن الصدقة لا
يُقضى بها ولو كانت لمعين ، ويفسخ قبل البناء لتأثير الشرط في الصداق ،
وابن دينار يلزمه الشرط .

(١) (ي) : العقد .

(٢) ما بين القوسين سقط من (ي) .

(٣) (د) : فإن ... اذا طلقت .

(٤) (د) : سريته .

فرع

قال: اذا زَوَّجَ أمته بشرط إن رأى ما يكره فأمرها بيده: إن اراد ما هو ضرر صح العقد والشرط والتمليك، أو ما يكرهه هو باختياره وإن لم يكن ضررا عند الناس، فأربعة أقوال: يكره عند ابن القاسم، فإن وقع جاز ولزم التملك: لقوله⁽¹⁾ عليه السلام: (إن اولى الشروط أن يوفى بها ما استحللتم به الفروج) والكراهة لأصنغ، وقال عبد الملك: يصح العقد ويبطل⁽²⁾ الشرط لمعارضته للعقد، والرابع: إن دخل بها سَقَطَ الشرط، والأخير⁽³⁾ المشروط، فإن تركه والا⁽⁴⁾ فرق بينهما، وكذلك الخلاف إذا قالت المرأة: إن رأيتُ ما أكره إلا الجواز ابتداء دون كراهة.

فرع

قال: اذا اشترطت عليه النفقة على ابنها الصغير: قال ابن القاسم: يبطل الشرط وتُعطى صداق المثل لما وضعته لأجل الشرط، ويفسخ قبل البناء للجهل بالنفقة، فلعله لا يعيش، قال: وعلى قوله: لو ضرب أجلا صحَّ، وله الرجوع بنفقته على المرأة إلى حين الفسخ، أو تصحيحه بصداق المثل، وقال أصنغ: لا يصح إذا طرحت الشرط، والمشهور خلافه.

(1) تقدم تخريجه.

(2) (ي): وسقط.

(3) (ي): المسترط.

(4) (ي): مالا.

فرع

قال: وإذا قال: ان اخرجتك من بلدك فأمرك بيدك، ثم أراد ذلك فقالت: رددت عليك أمرك وأسقطت الشرط، قال مالك: لا شيء عليه، ولا يقضى بعد ذلك بشيء، لأنه حق لها أسقطته.

فرع

قال: إذا قال له: طلق الأمة ولك علي مائة صدق^١ حرة إن اردت الزواج، ففعل، ثم طالت المدة فعتقت وردّها وقد مات القائل، قل مالك: ان تقادم الأمر فلا حق له في ماله، وإلاّ وجبَ لأنه ليس هبة تبطل بالموت (بل بحق الطلاق وتحاصص به الغرماء في الموت والفليس، وروي عن ابن القاسم: هي هبة تبطل بالموت^(١)) وكذلك اختلفوا إذا أعطاه دارا له على أن يسلم: هل ذلك لإسلامه أم لا؟ قال: والأظهر: أن له الحق تقادم ام لا. وفاء بالشرط، أما لو قال: ان فعلت لي كذا زوجتك، منع اتفاقا لأنه جعل لا يلزم.

فرع

قال: اذا تزوجها وبّنى بها ومعها ابنة صغيرة عالماً بها، ليس له اخراجها، وان كان لها ولي يحضنها، لأن علمه رضا بها، وان لم يكن له ولي يحضنها، سواء علم ام لا، ويخير بين الإقامة والطلاق، قاله مالك، وقال عبد الملك: إن علم بها ولها ولي فله اخراجها، لأن السكوت رضا

(١) ما بين القوسين سقط من (ي).

بالحالة الحاضرة دون المستقبل، قال مالك: ولا يمنع أخو المرأة من زيارتها إلا أن يتبين افساده لها فيمنع بعض المنع، لأن صلة الرحم واجبة.

فرع

قال: إذا تزوج أمة على أنه ان تزوج عليها فأمرها بيد مواليتها، فهلك مولاهما فبيد ورثته أو وصيه دونها، لأن الحق لم يكن لها، ولو جعله بيد غير مواليتها انتقل لها لأنه⁽¹⁾ يؤمّن حق لها، فإن كانت حرة وجعل أمرها بيد أبيها إن تزوج فتزوج فأراد الأب الفراق وكرهته البنت: قال ابن القاسم: ينظر السلطان في ذلك ويتبع المصلحة، وقال مالك: القول قولها.

فرع

قال: ان شرطت عليه يوم يدخل عليها. فأمر امرأته بيدها، أو هي طالق، ودخل بها وهي بائن، ثم صالحها لا يلزمه شيء، قاله ابن القاسم: لأنه انما التزم ذلك في ذلك اليوم، وقد تعذر شرعاً بالبينونة، قال: قوله هذا بناء على مراعاة اللفظ، وأما مراعاة المعنى فيلزمه، لأن المقصود: عدم الاجتماع معها.

فرع

قال اذا شرط: إن كان حرّاً ثبت النكاح والا فلا، يُوقف عنها دَخَل ام لا، ويعمل بمقتضى الشرط، فان عتق بعد الإشتراط وقبل العلم فسخ النكاح لإنتفاء الشرط في نفس الأمر، ولها الصداق بالبناء، وليس هذا اختياراً في العقد، بل اختيار لحال الزوج.

(1) هنا وقعت في (ي) طفرة انتقل بها إلى صفحة 22 وقد نبهنا عليها فيما سبق.

فرع

قال: اذا اشترط: أمر التي يتزوجها بيدها. فحنث: قال ابن القاسم: لا يتزوج عليها ابدا، فإن تزوج فسخ لعدم استقرار النكاح.

فرع

قال: قال ابن وهب: كل ما اشترطه الأب على ابنه الصغير من الطلاق والعتاق لازم له عند الكبر، لأن الشرع أقام الأب مقام الإبن في التصرف، وقال ابن القاسم: لا يلزمه إلا أن يعلم بها فيدخل عليها، فإن للأب مندوحة عن الشرط فلا ينفذ تصرفه فيها عليه، بخلاف العقود، فإن اختلف هو وأهل المرأة هل شرط ذلك حالة الكبر أو الصغر، ولم يأت ببينة فالقول قوله مع اليمين، لأنه مدعي الإسقاط، والذي يحلف من أهلها: الأب والوصي دون غيرها، فإن نكلا حلف الزوج وكان ذلك كالبينة ولو لم يدعي ذلك، وقالوا: لا علم لنا، حلفت المرأة كما تحلف في الإنفاق، فإن امتنع بعد البلوغ من الإلتزام لم يلزمه النكاح، ولا شيء من الصداق إلا ان ترضى المرأة بإسقاط الشروط، فإن دخل بها قبل البلوغ أو قبل العلم سقطت عنه للفوات بالدخول، وفي كتاب محمد: ان لم ترض قبل البناء قيل له: إما أن ترضى وإما أن تطلق، فإن طلق فعليه نصف المهر، فإن شرط الأب أو الوصي للصغيرة: ان أمر نفسها بيدها، فتزوج عليها وهي صغيرة إن عرفت الطلاق فالخيار لها⁽¹⁾ في ذلك والا انتظر تعقلها، فإن اشترط: أن أمر التي يتزوجها بيدها، فتزوج عليها وهي صغيرة لا

(1) (ي): له.

تعقل فسخ⁽¹⁾ لعدم استقراره، لتعليقه على اختيار مَنْ لم يعلم حاله في المستقبل، فإن كانت تعقل⁽²⁾ فلها الخيار.

فرع

قال: فلو شرط أبو النصرانية: أن أسلم زوجها فأمرها بيدها أو بيدي، فأسلم سقط الشرط، لأن شروط الكفر لا تلزم بعد الإسلام، كانت مما يلزم المسلمين أم لا، كالطلاق والعتاق.

الفصل الثامن: في العقد على جماعة دفعة. وفي الكتاب: يجوز جمع النساء في عقد واحد أن سمى لكل واحدة صداقها والا فلا، قال اللخمي: وجوزه أصبغ وإن لم يسم، قال: وهو أحسن، لأن النكاح مكارمة، فلا عبرة بالجهل بحصة الصداق، فإن قال: لا أتزوج هذه إلا بشرط أن تزوجني الأخرى بمائة، فإن كان صداق المثل فيها على انفراد جاز، فإن أصدقها ستين على أن تكون بينها بالسوية، وصداق مثل إحداها أربعون، والأخرى عشرون (يطلق قليلة الصداق قبل الدخول، يرجع عليها بعشرة، ويبقى بيدها عشرون)⁽³⁾ عشرة منها لصاحبته، وإن طلق الأخرى أخذ منها خمسة عشر، ومن صاحبته تمام العشرين، قال صاحب النكت: قال بعض القرويين: إذا تزوجها في عقد ولم يسم لكل واحدة صداقها وفات: قسم المسمى بينها على قدر صداق مثلها، ولا يلحق بالغرر فيبطل، أو يتعين صداق المثل، كجمع السلعتين في البيع إذا فاتا قسم المسمى، وقال غيره: إذا طلق قبل البناء أو مات، لا شيء لهما للجهالة،⁽⁴⁾ والأمتان

(1) فسخ) سقطت من (د) ولا بد منها.

(2) (ي): لعقد.

(3) ما بين القوسين سقط من (ي).

(4) (للجهالة) سقطت من (ي).

كالخرتين، ولا يستحب^(١) ذلك لاتحاد الملك، وجوزه الأئمة ابتداء وان لم يسم كالسلعتين.

الفصل التاسع: في تداعيه، ولا يثبت - عندنا - الا بشهادة رجلين، وعند (ش) و(ح) بشهادة رجل وامرأتين، لنا: انه من أحكام الأبدان فلا تقبل فيه شهادة النساء، وفي الكتاب: اذا ادعى الرجل العقد على المرأة وأنكرته وادعت أنه غلبها، فلا يمين على المنكر، لأنه لا يقضي عليه بالنكول، وان ادعاها رجلان وأقاما بينتين ولم يعلم الأول، فسخ عقدهما بطلقة لتحل يقيناً، وافقتها أو أحدهما ام لا، ولا يقضى بأعدل البينتين بخلاف البيوع، احتياطاً لأحكام الأبدان.

قال ابو الطاهر: في القضاء بأعدل البيتين اقوال: ثالثها: التفرقة بين البياعات والنكاحات، وقيل: لا يفسخ بطلاق، بل يوقف، فان تبادى الفراق لزمت طلقة، فإن تزوجها فلا، قال ابن يونس: قال محمد: اذا أقرت لاحدهما فهي له لترجحه، وانما يصح القضاء بأعدهما كما قاله سحنون إذا اتحد المجلس واللفظ، وفي الجواهر: اذا أتى احد الزوجين بشاهد: ففي تعلق اليمين بالآخر خلاف، ثم إن نكّل لم يثبت النكاح ولا يُحبَس، ويغرم الصداق، قال ابن القاسم: لا ينتظر إلا أن يدعي بينة قريبة، ويرى لدعواه وجه، فإن عجز ثم جاء بها وقد نكحت او لم تنكح فقد مضى الحكم، ومن ادعى زواج امرأة رجل قبله، وأتى بشاهد فليعزل عنها حتى يكمل البينة إن ادعى امرأ قريباً، فإن لم يكمل لا يحلف واحد منها، قال اشهب: إذا أقام بينة وأقامت بينة أن فلانا زوجها، وفلان منكر، وجهل التاريخ، يفسخ النكاحان ما لم يقع الدخول لأحدهما فهي له، ويقيم الآخر البينة أنه الأول، قال اشهب: واذا أقام بينة هي تنكر، واقامت أختها بينه أنه زوجها وهو منكر، وجهل التاريخ، فسخ النكاحان،

(١) (ي): ولا تستلحق.

قال محمد: لإنكاره نكاح الأخرى، فلو أقرأها الأخيرة لقبل قوله، لأن البينة لا تكذبه، ولا ينفعه جحود مدعية السبق، لأن البينة اثبتت نكاحها.

فرع

قال مالك: تكشف البكر للشهود على رؤيتها عند العقد، قال محمد: وعلى قولها إن كانت ثيباً، أو صحتها إن كانت بكرًا، وإذا ادعت النكاح على ميت وأقامت شاهداً واحداً: قال ابن القاسم: تحلف وترث، لأن الميراث مال، ومنعه أشهب حتى يثبت النكاح، لأنه فرعه، ولو أقر في صحته بامرأة ثم مات، ورثته بإقراره أن كان طارئاً⁽¹⁾ والا فخلاف، إلا أن يكون معها وَلَدٌ أقرَّ به فيلحق به ويرثه، وكذلك لو أقر بوارث غير الزوجة لجرى الخلاف، وإقرار أبي الصبي أو الصبية مقبول عليهما لأنها أقبا مقامهما، وإقرار المحتضر بامرأة سماها بمكة مقبول، وكذلك المحتضرة، وإذا قال لامرأة: أَلَمْ أَتزوجك أمس؟ فقالت: بلى. ثم حَجَد، فاستفهامه إقرار، ولو قال: تزوجتك، فأنكرت، ثم قالت: بلى تزوجتني، فقال: ما تزوجتك، فلا⁽²⁾ يلزمه النكاح بهذا، وقولها: خالعتني، وقوله: اختلعت مني إقرار منهما، وكذلك قوله: اختاري، أو أُمرك بيدك في الطلاق، قاله ابن سحنون، وكذلك: أنا منك مظاهر، بخلاف أنتِ عليّ كظهر أمي، فإن الأجنبية كذلك.

فرع

قال صاحب البيان: قال ابن القاسم: إذا قامت البينة على إقراره بالزوجة في حياته وصحته، والصدّاق كذا، ثبت ذلك إن كانت في

(1) (ي): كاذبا.

(2) (ي): لم يلزمه النكاح بهذه.

عياله، وحوزه، وإن كانت منقطعة عنه في أهلها لم يقبل إلا ان يقيمها على إقراره في حياته، لأن انقطاعها ربية، فإن تقاررا جميعاً ولم تكن في حوزه: فقال ابن القاسم: يتوارثان اذا اشهد على ذلك وتقدم.

فرع

قال ابن القاسم: اذا قال في مرضه لمن عرفت مملوكته: أشهدكم اني أعتقُها في صحي وتزوجتها، وهي الآن طالق، ولا بينة على ذلك في الصحة، فلا يثبت ذلك ولا الميراث، لأن النكاح لا يثبت الا بعد العتق، والعتق لا يثبت بالإقرار في المرض، ولم يقل: امضوا هذا العتق، فإن صح لزم العتق والطلاق، والقول قوله في الصداق. وفي الإقرار بالعتق في المرض ثلاثة أقوال: أحدها: ما تقدم، وفي المدونة: ان كان ورثته ولدا اعتق من رأس المال، أو كلاله لم يعتق مطلقا للتهمة، ولمالك ايضا: ان كان الوارث ولداً فمن رأس المال، والا فمن الثلث، فيجري الصداق والميراث على هذا الخلاف، والصداق من رأس المال إذا اعتقت منه أو من الثلث إن أعتقت منه.

فرع

قال: إذا ادعت الثلاث وهي بائنة منه، ثم أكذبت نفسها لم تمكن منه قبل زوج، أو هي في عصمته ثم خالعتها فقالت: كذبت، وأردت الراحة منه، صدقت ما لم تذكر ذلك بعد البينونة، وإن أكذبت نفسها بعد موته فلها الميراث عند ابن القاسم، وقيل: لا ميراث لها للتهمة، وقال سحنون: تصدق في الميراث دون الرجعة في الحياة، وفي تصديقها مع الشاهد الواحد حال الحياة قولان لابن القاسم، وقال: إن نكّلت لم تمنع من الرجوع إليه، قال: والقياس المنع كالنكول.

فرع

قال: إذا لم تكن تحت زوج وهما طارثان، وعجز عن اثبات ذلك: حلفت، لأنها لو أقرت كانت زوجة، وقيل: لا تحلف، لأنها لو نكّلت لم يثبت النكاح، قال: والقياس: إذا نكّلت يحلف الزوج ويثبت النكاح.

القطب الخامس: في مقتضاه، وهو يفيد جواز الوطء. قال صاحب (القبس): والوطء عند مالك واجب على الرجل للمرأة في الجملة⁽¹⁾ إذا انتفى العذر، وقاله ابن حنبل، وقال (ش): لا يجب إلا مرة واحدة. لنا: الاتفاق على إلزامه في الإيلاء.

قاعدة: العقود كالنكاحات والأبجارات تتناول جميع الأزمان إلا ما استثناه العرف،⁽²⁾ كزمان الأغذية وقضاء الحاجات وغير ذلك، أو استثناه الشرع كأوقات العبادات، وزمان سماع الخطبة على من تجب عليه الجمعة، وفيه فصلان:

الفصل الأول: فيما يباح من الزوجة، وفي الجواهر: عقد النكاح يبيح كل استمتاع الا الوطء في الدبر، وقاله الأئمة، ونسبته إلى مالك كذب، قال ابن وهب: قلت لمالك: انهم حكوا عنك حله، فقال: معاذ الله، أليس انتم قوماً عرباً؟ قلت: بلى، قال: قال الله تعالى: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ (البقرة: 223) وهل يكون الحرث إلا في موضع الزرع (أو موضع النبت؟ وقال اسرائيل⁽³⁾ بن روح: سألته عن إتيان النساء في أدبارهن، فقال: ما أنتم قوم عرب؟! هل يكون الحرث الا في موضع الزرع؟⁽⁴⁾ ألا تسمعون الله يقول: ﴿نِسَاؤُكُمْ

(1) في الجملة سقطت من (ي).

(2) (ي): العرب، وهو تصحيف.

(3) قال الذهبي (الميزان 1/208): اسرائيل بن روح الساحلي يروي عن مالك، لا يُدرى من ذا.

(4) ما بين القوسين سقط من (ي).

حَرَّثَ لَكُمْ فَأَتُوا حَرِّكُمْ أَنْتَى شَيْئَكُمْ: قاعدة وقائمة وعلى جنبها، ولا يتعدى الفرج، قلت: يا أبا عبد الله: إنهم ينقلون عنك حله، فقال: يكذبون عليّ، يكذبون عليّ، يكذبون عليّ، رواه الدراقطني، وقال له علي بن زياد: يا أبا عبد الله عندنا قوم بمصر يحدثون عنك أنك تجيز الوطء في الدبر، فقال: كذبوا عليّ، فالروايات متظافرة عنه بتكذيبهم وكذبهم عليه، وعُزي إلى (ش)، ونقل المازني تكذيبه لذلك كمالك، وظاهر الآية يقتضي التحريم خلاف ما يتوهمه⁽¹⁾ المعنى، لقوله تعالى: ﴿نَسَآؤُكُمْ حَرِّثَ لَكُمْ﴾ والمبتدأ يجب انحصاره في الخبر، كقوله⁽²⁾ عليه السلام: (تحريمها التكبير، وتحليلها التسليم) و(ذكاة⁽³⁾ الجنين ذكاة أمه) فلا يحصل تحريم بغير تكبير، ولا تحليل بغير سلام، ولا ذكاة الجنين بغير ذكاة أمه، ولا النسل في غير حالة الحرث الذي هو الفعل المفضي الى النسل، وروى ابن ماجه: قال⁽⁴⁾ عليه السلام: (لا ينظرُ الله إلى رجلٍ جامع امرأته في دُبُرِها) وروى⁽⁵⁾ قال عليه السلام: (إن الله لا يستحي من الحق لا تأتوا النساء في أعجازهن) وروى الزمردوني⁽⁶⁾ قال عليه السلام، (من

(1) كذا.

(2) هو جزء من حديث رواه الترمذي في الصلاة، باب ما جاء في تحريم الصلاة وتحليلها، عن أبي سعيد، وله شواهد عند أبي داود عن علي بن أبي طالب، في الطهارة، في باب فرض الوضوء، وسنده صحيح.

(3) أبو داود في الأضاحي، باب في ذكاة الجنين، ورواه الدارمي في (السنن) في الذكاة، عن جابر بن عبد الله، وهو صحيح.

(4) في النكاح، والترمذي في الرضاع، باب ما جاء في كراهية اتیان النساء في ادبارهن، عن ابن عباس، وهو حسن.

(5) كذا في السختين. والحديث رواه أبو يعلى الموصلي في (المسند) عن عمر. باسناد جيد بلفظ: استحيوا فان الله... ورواه ابن ماجه في (السنن) والنسائي كذلك عن خزيمه بن ثابت باسناد احدها جيد كما قال المنذري في (الترغيب والترهيب).

(6) كذا في (ي) وفي الأصل: الزيدوي. وهو مصنف والحديث رواه الترمذي في الطهارة، باب في كراهية اتیان الحائض، عن أبي هريرة، ورواه ابن ماجه في الطهارة =

أتى حائضاً او امرأة في دبرها أو كاهنا فصدقه بما يقول، فقد كفر بما أنزل على محمد) ولأن الشرع إنما حرم اللواط والاستمنا⁽¹⁾ ليلاً يستغنى بها عن الوطء الموجب للنسل الموجب لبقاء النوع والمكاثرة لرسول الله صلى الله عليه وسلم بأمته، وهذا المعنى قائم هاهنا، فيحرم لاندراجهم في قوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ (الأعراف: 157) وتلطخ الإنسان بالعذرة من الدبر من أخبث الخبائث، ولا يميل إلى ذلك في الذكور والإناث إلا النفوس الخبيثة، خسيصة الطبع، بهيمية الأخلاق، والنفوس الشريفة بمعزل عن ذلك.

تفريع: في الجواهر: الوطء في الدبر كالوطء في القبل في إفساد العبادات، وإيجاب الغسل من الجانبين، ووجوب⁽²⁾ الكفارة، والحد، والعدة، وحرمة المصاهرة دون التحليل والإحصان، واختلف في تكميل الصداق به.

فرع

في البيان: قال ابن القاسم: لا بأس أن يكلم الرجل امرأته عند الجماع ويعريها، وقال القاسم بن محمد، وقد سئل عن التخير⁽³⁾، فقال: إذا خلوتما فاصنعوا ما شئتم، وكرهه صاحب البيان، وأجاز أصنع: النظر إلى الفرج عند الوطء⁽⁴⁾ من الجانبين.

الفصل الثاني: في العزل. في الجواهر: ⁽⁵⁾ لا يجوز عن الحرة إلا

= والدارمي في (السنن 1/259).

(1) استخراج المني باليد ونحوها.

(2) (ي) : إيجاب.

(3) كذا الاصل وفي (د) : النجس، والكلمة غير واضحة ومصحفة، ولعلها: التجبين.

(4) في (ي) ... إلى الفرج عند الوطء. وفي (د) : إلى الفرج لا هو له من الجانبين.

(5) (في الجواهر) سقطت من (ي).

بإذنها، لأنه يخل بوطئها، ولها حق في الوطاء وكماله، ولا عن الأمة الزوجة الا بإذن أهلها دون إذنها، لأن زواج الرقيق حق للسادات لأجل مالية النسل، ويجوز عن السرية بغير إذنها إجماعاً لعدم حقها في الوطاء، وأصله: ما في الموطأ⁽¹⁾ قال ابو سعيد الخدري: (خرجنا معه عليه السلام في غزوة بني المصطلق، فأصبنا سبياً من سبي العرب، واشتهينا النساء واشتدت علينا العزبة وأحببنا الفداء فأردنا أن نعزل، فقلنا: نعزل ورسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا قبل أن نسأله؟! فسألناه عن ذلك، فقال: (ما عليكم أن لا تفعلوا، ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا وهي كائنة)، قال صاحب القبس: اجتمعت الأمة على جوازه، وإذا قبض الرحم المني فلا يجوز التعرض له، وأشد من ذلك اذا تخلق، وأشد منه اذا نفخ فيه الروح، فإنه قتل نفس إجماعاً.

الباب⁽²⁾ الثاني

في أسباب الخيار، وهي ثلاث :

السبب الأول: العيوب، وفيه فصلان:

الفصل الأول: في عيوب النساء وفيه نظران:

النظر الأول: في الموجب، وفي الكتاب: ترد النساء بالجنون، والجذام، والبرص، وداء الفرج، لما روي⁽³⁾ أنه عليه السلام (تزوج امرأة من بني يياضة، فوجد بكشعها يياضاً فردها، وقال: دلستم علي) وروي عن

(1) في الطلاق، باب ما جاء في العزل، ورواه البخاري في العتق، باب من ملك من العرب رقيقاً، ومسلم في النكاح، باب حكم العزل.

(2) (د) الفصل الثاني.

(3) رواه احمد في (المسند 493/3) والبيهقي في (السنن الكبرى 214/7) عن كعب بن عجرة. قال ابن حجر في (بلوغ المرام): في سنده مجهول، وقد اختلف فيه عن شيخه اختلافاً كثيراً، ويلاحظ ان الحديث فيه ان المرأة: العالية من بني غفار، وليس فيه قوله: دلستم علي.

عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة رضوان الله عليهم: رد النساء من هذه العيوب الأربعة، ولا يخالف لهم، فكان اجماعاً، ووافقنا (ش) وابن حنبل، وقال (ح): لا ترد بعيب البتّة، لقول ابن مسعود: لا ترد المرأة بعيب، وجوابه: تخصّيصه بغير مورد السنة جمعاً بينها، وقياساً على الجب والعنة في الرجل، وفي الجواهر: الجنون: الصرع والوسواس الذي ذهب معه العقل، والجذام: ما ينفر، وإن كان قليلاً، وقال ابن حنبل، واشترط (ش) تفاحشه حتى لا يقبل العلاج⁽¹⁾، لنا: انه منفر، فيمنع الوطء، ولأنه يظهر في النسل.

فروع

قال اللخمي: ترد اذا اطلع ان احد الأبوين كذلك، لتوقعه في الذرية، قال: ورأيت امرأة كان أبوها أجذم ولم يظهر فيها وظهر في عدد من ولدها، وفي الجواهر: ترد المرأة بالبرص، ولو خيط، وقاله ابن حنبل، وخالف (ش) كما تقدم في الجذام، وسوّى ابن القاسم بين الرجل والمرأة فيه، وروى أشهب عدّم اعتباره في الرجل وإن عظم، فإن النفرة من المرأة لا تمنع التمكين، ويمنع تعاطي الوطء من الرجل، قال اللخمي: يعتبر الجنون ولو كان في الشهر مرّة، وترد بالبتّخر، خلافاً للأئمة، لأنه منفر، وقاسوه على الجرب والصّنان، والفرق: أنه أفحش بشهادة العادة، وبالإفضاء، وهو اختلاط مسلك المني ومسلك البول، وقال ابن حبيب: ترد بالقرع⁽²⁾ الفاحش لتنفيره كالبرص، ومنع ابو الوليد قياساً على الجرب، قال ابو الطاهر في الرد بنتن الفرج والقرع⁽²⁾ والسواد قولان، والمشهور: الرد، وألحق اللخمي البتّخر في الفم والأنف.

(1) (العلاج) مكانها بياض في (ي).

(2) كذا الاصل، وفي (د): الفرع، ولعله: الفدع، وهو اعوجاج الرسغ من اليد او الرجل حتى ينقلب الكف او القدم.

فرع

قال اللخمي: يردها إذا وجدها عذيوطة⁽¹⁾ وهي التي تُحدث عند الجماع، وقال (ش) وابن حنبل: فإن تداعياه: قال ابن المذلل: يطعم احدهما تينا والآخر فقوصا. وخرج الحنابلة عليه: الناسور والقروح السائلة في الفرج، ومنعوا في البحر.

فائدة: قال الجوالقي فيما تغلّط فيه العامة، يقولون: العضروط للذي يُحدث في الجماع، وانما هو العذبوط بكسر العين وفتح الباء بواحدة من تحتها والదال والواو ساكنين، والعضروط الذي تقول له العامة هو الذي يَخدُمُك بطعامه، وجمعه عَضَارِيط وعَضَارِطَة. وفي الكتاب: ما علم أهل المعرفة انه عيب في الفرج رُدّت به، وإن جُمِعت معه، فإن المجنونة قد تَجَامَع، قال اللخمي: الرتق والقرن أربعة أقسام: ما لا ضرر عليهما في قطعه ولا عيب في الإصابة بعده، فالقول قول من دَعَا إلى القصر، فإن طلق بعد رضاها بالقطع تَشَطَّرَ الصداق، والا فلا شيء عليه، وما يضرها ولا عيب فيه فالخيار لها دونه، وما لا يضر ولا يعيب⁽²⁾: فالخيار له دونها فإن أحب لزمهما، وإن فارق فلا شيء عليه، وما يضر ويعيب: فلكل واحد منهما ان يمتنع، قال ابن يونس: وفي كتاب محمد: اذا كان الرتق من الخِتَان أزيل وان كرهت، اذا قال النساء: لا يضرها، قال أصبغ: إذا أقامت للعلاج نحو السنة وهو يَسْتَمْتَع بها فلها جميع الصداق، كالعينين، وفي الرد بالسواد والقرع والبَحْر والخشم وهو تنن الأنف قولان، قال:

(1) (ي): عذيوطة، وهو تصحيف، وفي (اللسان) مادة (عزط): العَذْيُوط والعَذْيُوطُ: الذي اذا أتى اهله ابدى أي سَلَح أو أَكْسَلَ، وجمعه: عَذْيُوطُونَ... والمرأة عَذْيُوطَة الخ.

(2) (ي): يعيب.

وأرى رَدَّها بالصغر نحو خمس سنين لامتناع الوطء كالترتقاء . والصبر إلى البلوغ ضرر، وكذلك الهرم المفرط، والمستحاضة، ولم يجعل مالك الكفر عيباً في الزوجين، واختلف إذا قال لها: أنا نصراني، فقال: لها الرد، وقال ربيعة: الإسلام ليس بعيب، وفي الجواهر: قال ابن حبيب: له الرد بالسواد وإن لم يشترطه إذا كان أهلها بيضاً، لأن ذلك كالشرط، قال أبو الوليد: فعلى هذا يكون عارفاً بأهلها والا فلا .

فائدة: من التنبيهات: العقل بفتح العين المهملة وفتح الفاء في النساء كالأذرة في الرجال: لحم يبدؤ من الفرج، وقال غيره: رغبة في الفرج تحدث عند الجماع، والقُرْن بفتح القاف وسكون الراء مثله. وقد يكون خلقة، وقد يكون عظماً، وقد يكون لحماً، والرتق بفتح الراء: التصاق موضع الوطء .

فرع

قال ابن يونس: إذا أكذبت في داء الفرج صدقت، لأن الأصل عدمه، ولا ينظر إليها النساء، لأن النظر جُرْحَة في الشاهد، فإن شهد امرأتان جازت شهادتهما، وقال سحنون: ينظر إليها النساء لضرورة دفع الخصام والضرر، وفي التنبيهات: روى ابن أبي زمنين: لفظ المدونة يقتضي نظر النساء، وقال ابن كنانة: ⁽¹⁾ هو مذهب مالك لقوله في الكتاب: ما علمه أهل المعرفة من داء الفرج، قال أبو الفضل: وفيه نظر، لأنه يمكن بقاؤها عليه ويسأل عنه الناس .

(1) (د): ابن لبابة.

فرع

قال ابن يونس: قال مالك وأصحابه: ما حدث بها عند الزوج من العيوب الأربعة، فلا خيار لها، وقاله (ش)⁽¹⁾ قياساً على عيوب البيع، قال محمد: وما حدث بعد العقد من البرص الفاحش فلا خيار لها، وخالف ابن حبيب وابن حنبل نفيًا للضرر عنهما، وقياساً على الإجارة، قال صاحب البيان: يفرق بينهما بالجذام البين حدث قبل العقد أو بعده، ولا صدق إلا أن يدخل، وقال أشهب: لا يفرق بينهما إلا أن يتفاحش، ولا يحتمل النظر إليه.

فرع

قال: فإن رضيت بالمقام معه ثم كرهته⁽²⁾ فثلاثة أقوال، قال ابن القاسم: ليس لها إلا أن يريد، وقال ابن وهب: لها نفيًا للضرر، فإنه لا تؤمن زيادته (وقال أشهب ذلك، وإن امت زيادته)⁽³⁾.

فرع

وفي الجواهر: ما حدث بعد العقد ففيه أقوال: ثالثها: التفرقة بين ما تخشى زيادته من البرص ومالا فلا، ورابعها: التفرقة بين كثير البرص وقليله.

(1) (ش) مكانها بياض في (د).

(2) (ي): حرمت.

(3) ما بين القوسين سقط من (د).

فرع

قال: فإن ادّعى الأب حدوثه بعد العقد فالقول قوله إن كان التداعي بعد الدخول، لأنه مدّعى عليه الرد، وإلا فالقول قول الزوج، كقول المشتري قبل القبض، والمشهور: أن الأيمان في هذا كله على البت من الأب والزوج وغيرها، وفي الجواهر: إن تداعيا تقدمه على العقد في المرأة: فالبينة على الزوج، فإن تعذرت: قال مالك إن كان الولي أباً أو أمّاً عليه اليمين، أو غيرها فاليمين عليها، فجعل محل الغرم محل اليمين.

فرع

قال ابن يونس: قال مالك في المدونة: يؤخر في الجنون بعد العقد سنة لعلاجه، فإن صحح والا فرق بينهما، والأجذم لها مفارقتة بخلاف الأبرص، لكثرة أذية الجذام، وقال ابن القاسم: ⁽¹⁾ إن كان يُرجى علاجُ الأجذم أجل سنة.

فرع

قال: فإن علم بعبثها ثم دخل ⁽²⁾ فلا خيار له لِرضاه، وكذلك إن علم بعد البناء فأمسكها، فإن أنكر العلم حَلَفَ، وإن ادّعت المسيس بعد العلم وأنكره حَلَفَ، لأن الأصل عدمه، فإن نكَلَّ حَلَفَ.

(1) (ي): ابن يونس.

(2) (ثم دخل) سقطت من (ي).

فرع

قال اللخمي: إذا قال الولي: هي سائلة، قال ابن القاسم: ليس بشرط، وقال اصبح: شرط، ولو قاله أجنبي بحضرة الولي وهو ساكت فهو غَرَر، وفي الجواهر: قال أبو محمد: ولو كتب في العقد: صحيحة العقل والبدن، ليس بشرط لأنه تليفيق الوثاقة، ولو قال: سليمة البدن، فهو شرط، لأن العدول عن اللفظ المعتاد يشعر بالشرطية، وفي الكتاب: لا ترد بغير العيوب الأربعة إلا أن يشترطه، لأن النكاح انما يقع بعد الفحص، فكان الأصل أن لا ترد بعيب البتة، صوناً للحرائر عن بذلة الرد، ولذلك لم يجز اشتراط الخيار، ولأنه مفرط بعدم الاشتراط.

تنبيه: في الجلاب: إن تزوجها في عدتها جاهلاً ودخل بها فعليه ردها، وهو بمنزلة العيوب التي ذكرناها، قال الشراح: يريد في الرجوع بالصداق على الولي، قال الأبهري في شرح المختصر: لأنه منعه من استدامة الوطء، والصداق مبذول للإستدامة، ولو لم يعلم الولي بذلك رجع عليها، لأنها غرته، ويترك لها ربع دينار، (وتحرم عليه أبداً لأنه مصيب في العدة، فإن فرق بينها قبل الدخول جاز أن يتزوجها بعد ذلك بعقد جديد)^(١).

النظر الثاني: في الموجب، وفي الكتاب: يسقط الصداق ان لم يبين لأنه فائدة الرد وإن بنى فلها، ويرجع به على وليها إن كان ابا أو أخا أو من يعلم ذلك منها لأنه غره، ولا يرجع الولي على المرأة لأنها استحقتة بالبناء، وإن كان ابن عم أو من لا يظن به علم ذلك: فلا شيء عليه، ويرده إلا ربع دينار، لأنه حق لله تعالى، وقال (ش): يسقط قبل المسيس

(١) ما بين القوسين سقط من (ي).

وبعده، وترجع بعده إلى صداق المثل، لأن مقتضى الفسخ تراد العوضين، ولا يرجع على الولي، لأنه وكيل، ويرجع عليها إن غرت، ووافقنا ابن حنبل، لنا: قول عمر وعلي رضي الله عنهما: أيُّ رجل نكح امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها. وذلك لزوجها غرم على وليها، من غير مخالف لها فكان اجماعاً.

تنبيه: في الجلاب: إذا اطلع على عيبها فطلقها واختار ردها قبل الدخول فلا شيء لها، قال الشراح: هذه العبارة تجوز، لأن بعد الطلاق يتعذر الرد، بل معناه: فردها وطلقها بالرد.

فرع

قال ابن يونس: إذا كان الولي معدماً، أو مات دون شيء، لم يرجع على المرأة. قاله ابن القاسم، وقال ابن حبيب: يرجع عليها إن كانت مملوكة أو على أولها يسراً إن كانت عديمة كالضامن مع المضمون عليه⁽¹⁾، قال محمد: إن علم البعيد ذلك منها، رجع عليه بالإقرار أو بالبينة، ويحلف إن ادعى الزوج عليه بأمر علمه، فإن نكَلَ حلف: لقد علم وغرني، فإن نكَلَ فلا شيء له عليها، لإقراره بغرر⁽²⁾ الولي.

فرع

قال: فإن زوج الأخ البكر يأذن الأب، فالغرم على الأب، أو الثيب فعلى الأخ لانتفاء الإجماع، وإن زوج غير ولي غاراً رجع عليه، إلا أن يعلم أنه غير ولي، كالموكل على البيع، ويعلم المشتري الوكالة.

(1) (د) : عنه.

(2) (د) معرور.

فرع

قال: وإذا رجع بالصدّاق لا يلزمه أخذ ما اشترته لشوارها، لأنها متعدية في تصرفها، قال ابن القاسم: إن لم يعلم بعيها حتى طلقها أو ماتت لا يرجع بشيء، كالعبد المعيب يباع قبل العلم.

فرع

في الكتاب: إذا غر الولي فزوّج في العدة فسخ بعد الدخول وضمن الولي الصدّاق، وإن كانت هي الغارة ترك لها ربع دينار، قال اللّخمي: فإن غراه جميعاً تخرج^(١) في الرجوع بينهما، فإن رجع على الولي رجع عليها.

والمرأة والولي في العيوب على ثلاثة أقسام: قسم يحمل فيه على العلم كالجنون والجذام، وقسم يحمل فيه الأب فيه وحده على العلم كعيب الفرج الذي تطلع عليه الأم حالة التربية، وقسم يحمل جميعهم على الجهل فيما يخفى على الأم، أو ماتت الأم نفسها، أو حدث بعد موتها كالعقل، أو يكون من ذوي القدر فلا يخبر بعيب بابنته، وقال ابن حبيب: إذا اتهم الولي ورد اليمين عليه فنكل له الرجوع على المرأة خلاف ما تقدم، قال: وهذا أصوب لأنها تخفي عيبها فلا يضر الزوج عدوله عنها إلى الولي، فإن أمرته أن يخبر بعيها فلم يفعل: رجع الزوج عليه ورجع عليها فيما بين الصحة والداء، وليس لها بيع معيب واخذ ثمن سالم، إلا أن تكون عادتهم: لا يتركون من صدّاق لعيب، وفي الجواهر: إذا كان الولي القريب غائباً يخفى خبرها عليه: قال مالك وابن القاسم: لا غرم عليه بل على المرأة، قال ابن القاسم: بعد أن يحلف: ما علم، وروي عن مالك: عليه الغرم.

(١) كذا الأصل، وفي (د): بجر.

فرع

في الجواهر: فان فارق او مات احدهما او خالع ثم علم العيب بعد ذلك، بطل الرجوع ويغرم الزوج الصداق كالمبيع المعيب يفوت، وقال سحنون: يرجع الزوج على من غره، وان غرته رجع عليها، وان غرها رجعت بما خالعت به.

الفصل الثاني ، في عيوب الرجال : وفي الكتاب : قال ابن المسيب : للمرأة رد الرجل بالعيوب الأربعة ، وقاله (ش) وابن حنبل ، لقوله تعالى : ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة : 228) قال مالك : ترده بالجب والخصاء بطلقة بائنة ، خلافاً لـ(ش) في كونه فسخاً كالبيع ، وجوابه : ان العقد صحيح فلا يدفع حكمه إلا الطلاق ، لأنه الواقع المجمع عليه وما عداه ممنوع ، ثم الفرق : ان الإملاك يؤثر الإختيار في إسقاطها بالإعراض عنها فأمر في رفعها بالإقالة والفسخ بخلاف النكاح ، قال : وعليها العدة بعد الدخول ان وطئ وإلا فلا ، وإن قطع ذكره دون انثييه وهو يولد لمثله : فعليها العدة ، ويلحقه النسب ، وإن علمت بعيبه قبل العقد أو بعده ومكنته سقط قولها الا في العنة⁽¹⁾ لأنها ترجو علاجه ، قال الأبهري : ولها المفارقة بطلقة واحدة بائنة لا أكثر ، قال ابن يونس : ان فارقت قبل البناء فلا صداق ، لأن الفسخ من قبلها ، قال ابن الجلاب : الا في العنين لأنه غار لها ، قال ابن يونس : او بعده فلها كمال المهر .

وعيوب الرجل اربعة: الجب: وهو قطع الذكر والأنثيين - والخصاء: وهو قطع احدهما، والعنة: وهو فرط صغر الذكر - والاعتراض: وهو

(1) (د): الا في العنين وحده.

عدم القدرة على الوطاء لعلة، ويسمى ايضا: عُنَّة، فإن العنة من الاعتنان والعنن - وهو الاعتراض - ومنه: عنان السماء بفتح العين، جمع عنانة، وهي السحابة المعترضة بين السماء والأرض، وقيل: لأن ذكره يعترض قبل المرأة وقيل: لأن الآفة عرضت له، وفي التنبيهات: الخصي: مقطوع الأنثيين فقط، والفقهاء يطلقونه على مقطوع الذكر والأنثيين.

فرع

في الكتاب: يضرب للمعترض سنة من يوم ترافعه، وقاله الأئمة وعمر وابن مسعود، لاحتمال تغير العلة في احد الفصول الأربعة، فان لم يصبها في الأجل، فلها الفرقة بطلقة بائنة خلافا لـ(ش) وابن حنبل، وتقدم جوابها، وتعتد لوجود مظنة الوطاء ولحق الولد، ولها جميع الصداق لطول المدة وإخلاق الجهاز، وقيل: لها نصف الصداق لعدم الوطاء، لظاهر القرآن، قال ابن يونس: يضرب للعبد نصف سنة، لأن تحديد مدة النكاح عذاب، ويتشطر لقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ (النساء: 25) ولأنه مقرب من الفراق، وهو عذاب، وقيل: سنة، وقاله (ش)، لأن الضرب رفق به، وانتقال الأمراض في الفصول لا يختلف بالرق، والضرب هاهنا من يوم المرافعة⁽¹⁾ لأنه معذور بخلاف المولي من يوم الحلف، ولأنه يقول: رجوت المسامحة فأخرت المعالجة.

فرع

قال: ولو اختلفا في العنة فالقول قوله، وقاله (ش) خلافا لابن حنبل، لأن الأصل: السلامة كعيب المبيع، واذا قال: جامعتهما في الأجل فكذلك،

(1) (د) الدفع، وهو تصحيف.

لأنها مدعية استحقاق الفراق، وقال (ش): القول قولها نظرًا للأصل، وقال ابن حنبل: البكر ينظر إليها النساء، والشيء يقال: أخرج ماءك فإن العينين يعجز عن الإنزال، فإن تنازعا في كونه منيًا وضع على النار فان المني يذوب، وفي الكتاب: يحلف فإن نكل فرق بينهما، فإن نكلت بقيت زوجة، ونزلت في المدينة فأفتى فيها غير مالك بان يجعل الصفرة في فرجها وقيل: تجعل النساء معها، قال صاحب التنبهات: الذي أفتى بالصفرة هو ابن أبي صفرة، لكن بعكس ما في الكتاب، قال: تجعل على ذكره وتلتمس في فرجها، وقال ابن كنانة⁽¹⁾ مفسرًا للكتاب: تبطح على ظهرها في الأرض ويكشف هو ما خلفها ليلا يجعل الصفرة باصبعه، ولم يقله غيره، بل مواضع الوطء لا يصلها الأصبع، وقيل: يجعل النساء معها، وفي الجواهر: وروى ابن حبيب: لا يحلف الا بعد الأجل ودعوى الإصابة. ثم حيث⁽²⁾ ثبت لها الخيار فأقامت، فروى ابن القاسم: لها الفراق من غير سلطان لتقدم الحكم، ومذهب (ش): لها خيار الفسخ مطلقا من غير حاكم كالإقالة في البيع، وروي عن مالك: لا بد من السلطان فيفرق بينهما من غير أجل، لأنه أمر مختلف فيه فلا يثبت⁽³⁾ الا بالحاكم، وهو حجتنا على الشافعي في اصل العنة من جهة أنه امر يحتاج إلى نظر بخلاف البيع، والفرق بينهما: أن يؤمر هو بإيقاع الطلاق، فإن امتنع أوقع الحاكم، فإن وطئها ثم اعترض عنها أو زَمِنَ فلا حجة لها، وقال (ش): السقوط حقها بالوطأة الأولى إلا مع قصد الضرر كالمُولِي، وإن أصابها ثم طلقها ثم تزوجها فلها مُرافعته، لأنها لم ترض بالعيب⁽⁴⁾ قال اللخمي: قال عبد الوهاب: ويضرب له اجل ثان، فإن أصاب والّا خيّرت لأنها كانت تتوقع

(1) (د): ابن لبابة.

(2) (د) حنث.

(3) (د): فلا يستقر.

(4) (ي): بالعنة.

بُراءه، قال: وأرى أن لا مقال لها، لأنها علمت بالعيب، وكذلك اذا تزوج^(١) غيرها وعلمت الثانية بما تقدم، أو ضرب له أجل فلم يصيب. ورضيت بالمقام ثم قامت، قال ابن القاسم: لها ذلك من غير أجل، وقال ابن حبيب: إن قامت بقرب ذلك فلا مقال، والقياس في هذا كله: عدم مقالها.

فرع

قال: ولا يضرب الأجل الا لمن يرجى ولم يعالج قبل ذلك سنة، فإن مرض في أجله لم يعتبره ابن القاسم، وقال اصبغ: ان مضت السنة وهو مريض استؤنف الأجل، وقال عبد الملك: ان مرض بعضها لم تطلق عليه لاحتمال ان يكون المرض مانعاً من زوال علته، قال: وارى ان يستأنف إن مرض جميعها، فإن صح النصف الثاني كمل عليه، وان صح الأول استؤنف الأجل.

فرع

في الجواهر: اذا ادعت العيب وانكر، فالمجبوب والمحصور وممسوح الذكر وحده أو مع الانثيين مختبر بالجلس^(٢) من على الثوب، والقول قول العنين، قال اللخمي: أجاز مالك في ذلك قول امرأة واحدة، قال: وأرى^(٣) أن تسأل المرأة فإن شكّت عدم الانتشار نُظر إليه من فوق، فإن قالت: يذهب انتشاره إذا دنا فيجوز أن تصدق، لأن ذلك يعرض، ويجوز أن لا تصدق، لأنها مدعية حدوث علته.

(١) (ي): تزوجها غيرها، و(د): تزوج غيره.

(٢) (ي): بالجلساس على الثوب.

(٣) (د): والرأي.

فرع

في الكتاب: لولا المياہ وصاحب الشرط ضرب أجل العنين والمفقود
لأنهم حُكَّام.

فرع⁽¹⁾

إذا حدث بالزوج جنون بعد النكاح عُزل عنها وأجل سنةً لعلاجها،
فإن صح والا فرق بينهما، وقضى به عمر رضي الله عنه، وقال ربيعة: إن
أَذاها لم تحبسْ عنده، والا لم يجز طلاقه، ولها مفارقة البين الجذام. قال
ابن القاسم: إن رجي علاجه ضرب له الأجل، قال ابن يونس: قال
سحنون: يفرق بالبرص المتن الرائحة، قال ابن القاسم: ذلك إن أضر بها،
وفي الجلاب: روي الرد بالبرص كما ترد به المرأة، وروي: عدم الرد،
لأن الرجل لا يقصد للإستمتاع كالمرأة. قال الأبهري: وقال ابن حبيب:
يُرد بها قبل العقد وإن لم يكن فاحشا دون ما حدث بعده. إلا أن يكون
فاحشا مؤذيا، قاله مالك وأصحابه. وفي البيان: المشهور: إذا حدث
الخِصاء بعد البناء، لا مَقَالَ لها لنيلها⁽²⁾ الوطء الذي تناوله العقد، وقال
اصبغ: إن خصي قبل الدخول فكذلك أيضا، لأنها مصيبة نزلت بها ولم
يقصد ضررها، والمشهور: خلافه.

(1) (فرع) سقطت من (ي).

(2) (ي): لبنها.

فرع

في الجلاب: اذا فرق بين العنين وامراته بجدائة نكاحه: ففي تكميل الصداق روايتان: ويكمل^(١) المَجْبُوب والخصي بعد البناء لدخولها على عدم الوطء. سؤال: كيف يفرق بينهما بجدائة النكاح مع أنه لا يدمن من ضرب أجل سنة اتفاقاً؟ جوابه: تقع الفُرقة لعدم النفقة او المضارة وغيرهما قبل السنة.

فرع

في الكتاب: من سَرَمَد العبادَة وترك الوطء لم يَنه عن تَبْتُلِه، بل يَخِيَر بين الوطء والفراق ان طالبتَه، وفي الجلاب: اذا هَرَم الرجل لم يفرق بينهما لدخولها على ذلك.

تمهيد: قال اللخمي: العيوب ثلاثة: ما يجب استحسانا فإن عقد معه صح، كالقطع والعمى والشلل، وما يجب على الولي اجتنابه، كالجنون والجذام البين، ومختلف فيه وهو غير ذلك، فإن زوجها من خَصى أو مجنون على وجه النظر لزمها، وقيل: لا مقال لها في الجذام الفاحش، وقال سحنون: لها المقام في الجنون والجذام وغير الكِبَر لأنه ضرر، ولو كانت المجنونة اغتفر عييه لعييها، قال اللخمي: فإن كان ذاهب الأنثيين فقط: قال سحنون: مضى نكاحه ولا مقال لها في عدم النسل كالعقم، وقال مالك: يُرد لِنَقْص جِماعه، قال: والأول أنين، وللمرأة رده بقطع الحشفة، وقول سحنون في المجنونة لا يستقيم، لأن مجنونين لا يجتمعان، بل إذا اطلع كل واحد من الزوجين على عيب صاحبه فلكل واحد منهما القيام،

(١) (ي): ويكمل على المَجْبُوب.

وان كانا من جنس واحد، كجذام وجذام او غيره.

السبب الثاني: الغرور، وفيه نظران:

النظر الأول: في حكمه، قال ابو الطاهر: في الغرور بالفعل⁽¹⁾ الذي هو مباشرة العقد، وبالقول الذي هو الإخبار من غير مباشرة العقد، اقوال: ثالثها: يجب الضمان بالفعل دون القول لقوته.

فائدة: (2) اسباب الضمان ثلاثة: الإتلاف، كاحراق الثوب، أو بسبب الإتلاف، كحفر بئر غير مأذون فيه، فيهلك فيه معصوم النفس أو المالية، أو وضع يد غير مؤمنة، كيد الغاصب ويد المختبر للسلعة ليشترها، فإنها يضمنان وان لم يتلغا ولا كانا سببا للإتلاف، وهو خير من قولنا: وضع اليد العادية، فإن يد المستام⁽³⁾ ليست عادية، ومتى اجتمع السبب والمباشرة قدمت المباشرة، كحافر بئر والإلقاء فيه فيُقدم الإلقاء لقربه من الأثر الا أن يقوى التسبب جدا فيُقدم كتقديم السم في طعام الإنسان، أو يستويان في القوة فيعتبران معا كإكراه على القتل ليقترض منها، فعلى هذه القاعدة يتخرج ضمان الصداق وغيره، لأن الغرور تسبب، وتضمن⁽⁴⁾ قيمة الولد، لأن شأنه ان يكون رقيقا فأبطل الأب رقه بظنة الحرية، فهو مباشرة الإبطال. (5)

تفريع: في الكتاب: ان غرته بحريتها فعلم قبل البناء برقها، وإذن سيدها في إنكاحها فله الفراق لِعيب الرق، ولا صداق إلا أن يبني فلها المسمى لاستيفاء ما يقابله، إلا أن يزيد على صداق المثل، ويسقط الزائد،

(1) بالفعل) سقطت من (ي) .

(2) (ي) : قاعدة .

(3) (د) : فإن يد المستام عادية، وهو تحريف .

(4) (د) : ويضمن .

(5) (د) فهو مباشر للإبطال .

وان شاء أمسك ولها المسمى لتغريه بالعقد، ولا يفسد العقد بالغرور عند ملك و(ح) وابن حنبل، وقال (ش): يفسد كما لو باعه فرساً فوجده حماراً، وجوابه: أن الاختلاف في الصفات لا يوجب فساد العقد، كالسواد والبياض، وتمّ فانت الذات بالكلية، قال ابن يونس: قال ابن القاسم: ان نقص عن صداق المثل أتمه لاستيفائه المنفعة، وقال أشهب: لا شيء عليه للرّضا بالمسمى، كما لو زنى بها طائفة، وفي الجواهر: قال ابن غيرهما: ليس لها الا ربع دينار، (قال صاحب تهذيب الطالب: قال ابن القاسم: لا تزداد على ما أعطاهما إن كان ربع دينار)⁽¹⁾ ولو نقصها وطؤه⁽²⁾ أكثر من ذلك، والا اعطاها صداق مثلها، وقال غيره: ان أصدقها مثل صداق مثلها: أعطيت نصف صداق حرة، ونصف صداق أمة، قال ابن يونس: ويصدق الزوج في ادعاء ظن الحرية لأنه الظاهر، قال أصبغ: والبينة على السيد، وفي الجواهر: قال سحنون: القول قول السيد، لأن الأب مدع حُرّية ولده وهو ولد أمة السيد، قال ابن يونس: ولو أقر الأب برقها وقد فشا⁽³⁾ غروره له وولدت لم تصدق لاتهامه في نسب الولد واسقاط القيمة.

فرع

في الكتاب: اذا أخبره رجل انها حرة زوجها إياه غيره، فلا رجوع على المخبر أنها حرة، لأنه لم يُبَاشِرُ العقد، وكذلك ان باشرها جاهلاً بالرق، وإلّا رجّع عليه بالصداق دون قيمة الولد،⁽⁴⁾ لأنه لم يغره من

(1) ما بين القوسين سقط من (ي).

(2) (ي): ولو نقصها ولأنه أكثر.

(3) (ي): وقد فشت غرورها.

(4) (ي): الولي.

ولد، ولو اعلمه انه غير ولي ولم يرجع عليه لدخوله على توقع الفسخ من الولي، قال ابن يونس: قال محمد: يرجع عليه إذا علم بالرق وباشر، كان ولياً أم لا، ولا يترك له ربع دينار، وكأنه باعه البضع ثم استحق.

فرع

في الكتاب: لو غر عبده حرة: فإن أجاز السيد نكاحه فلها الخيار، لعدم الكفاءة ما لم تمكنه من وطئها بعد علمها، فإنه رضا، فإن كرهته فرق السلطان بينها إلا ان يفارق الزوج.

النظر الثاني: في الولد، وهو حر إجماعاً، وفي الكتاب: على الأب قيمة الولد لسيدته، وقاله الأئمة يوم الحكم، وقاله (ش)، وقال ابن حنبل: يوم الوضع، وقاله المغيرة منا في الجواهر، لقضاء عمر وابن عباس رضي الله عنهم بذلك، وجوابه: أن سبب الضمان منع السيد من الولد، وذلك انما يتحقق يوم الحكم، ولو كان لتفويت الرق لضمنه جنيئاً لتخلقه حراً ولم يقله أحد، وقد قضى عمر وعثمان رضي الله عنهما بمثله، قال مالك: وذلك يرجع إلى القيمة لأنها اعدل.

فرع

قال: فإن قتل فأخذ أبوه ديته حراً، ثم استحقت الأم، فعليه الأقل من قيمته يوم القتل عبداً، أو بما أخذه، لأن الأقل إن كان قيمة العبد فليس للسيد الا عبداً أو الدية، فيقول: لو مات قبل الحكم لم اضمن شيئاً، وقد مات ولم يبق إلا الدية، قال ابن يونس: قال أشهب: لا شيء عليه من قيمة الولد، كما لو اقتصر الأب من قاتله أو هرب قاتله، أو مات العبد وترك مالا فإنه لأبيه، قال أصبغ: إذا استهلك القيمة فوجده

السيد معدماً لا يرجع السيد على غارم الدية بشيء ، لأنه أدّى ما لزمه ،
وفي الجواهر: لو جني على الولد جناية دون النفس تزيد ديتها على قيمته ،
فالفاضل للولد ، لأنه بدل اجزائه .

فرع

في الكتاب: اذا استُحقت وفي بطنها جنين: فعلى الأب قيمته يوم
الوضع ، وهو حر ، لأنه لا قيمة له قبل ذلك ، ولو ألقته بجناية قبل
الإستحقاق أو بعده فللأب غرة لأنه حر ، وعليه للسيد الأقل منها أو من
عشر قيمة أمه يوم الجناية لما تقدم في القتل ، وللولد حكم الأحرار في
لحوق النسب والجنايات قبل الإستحقاق وبعده ، قال ابن يونس: قال
أشهب: لا شيء للمستحق كما في القتل⁽¹⁾ .

فرع

في الكتاب: اذا استُحقت بعد موت زوجها مُعدماً ، أو في حياته
معدماً وولدها موسراً: فالقيمة على الولد (لأنه في معنى الفداء ، وهو أولى
به ، فإن كان معدماً فعليه اذا أيسر ، وقيل: لا شيء على الولد)⁽²⁾ لأنها
جناية أبيه فلا تتعلق به ، قال صاحب التنبیهاة: إذا رجّع عليه عند عدم
الأب يقوم بغير مال ، ليلا يخرج من ماله أكثر من ماله ، وقاله جماعة ،
وقال آخرون: يقوم بماله ، لأنه قاعدة التقويم .

(1) (ي): القتل .

(2) ما بين القوسين سقط من (د) .

فرع

في الكتاب: لو استحق الأمة عمُّ الولد اخذ قيمته، إذ لا عتق عليه، أوجده فلا قيمة له لعتقه عليه، ولا ولأء له لتخلقه على الحرية. وإنما أخذت القيمة فيه بالسنة، قال ابن يونس: قال محمد: ولاؤه لأبيه، ولو زوجه أبوه أمتَه عالمًا فالولاء لجدّه لعتقه عليه، إذ لو كان الزوج اجنبيًا لكان الولد رقيقًا للسيد، بخلاف ولد الغارة فإنه حر في الولد والأجنبي، وفي الكتاب: لو غرته أمةُ أبيه فلا قيمة له، وكذلك أمة الإبن، قال ابن يونس: قال سحنون في أمة الإبن: يغرم الأب قيمتها دون ولدها، وتكون له أم ولد، والتزويج فيها ملغى، وأما أمة الأب الغارة للإبن فهو كالأجنبي، لها صداق مثلها، ويأخذها⁽¹⁾ الأب ولا قيمة عليه في الولد.

فرع

في الكتاب: إذا غرت أم الولد فلسيدها⁽²⁾ قيمة الولد على رجاء عتقه بعثق أمه، فإن مات سيدها قبل القضاء فلا شيء للورثة لعتقهم بالموت، وإن قتل قبل الحكم فللأب دية الأحرار، وعليه الأقل مما أخذ أو قيمتهم على الرجاء والخوف كما تقدم، قال ابن يونس: وقيل: يغرم الأقل من المأخوذ، أو قيمة الولد عبدًا، لأن ولد أم الولد تأخذ قيمته عبدًا، قال: وهو غلط، لأن الأب تلزمه القيمة على الرجاء والخوف تخفيفًا عنهم لأنهم أحرار، بخلاف القاتل⁽³⁾، قال صاحب التنبيهات: قال ابن حبيب: لا قيمة لمن لم يبلغ العمل من ولد أم الولد، لأن تقويمهم يرجع إلى ما فات

(1) (د) : ويأخذها.

(2) (د) : فلها.

(3) (بخلاف القاتل) سقطت من (د).

السيد من العمل، قال اللخمي: قيمته يوم ولد، وقال مالك: إن كان صغيراً لا خدمة فيه فلا شيء فيه، والأغرم أجرته كل يوم، كلما كبر زاد الأب أجرته، وإن مات صغيراً فلا شيء عليه، وإن استحق بعد أن صار رجلاً فعليه الأجرة من يوم الاستحقاق، قال مطرف: وإن مرض لم يكن عليه شيء حتى يصح، وإذا لم تستحق الأم حتى مات السيد فلا شيء على الأب، وتتفق الأقوال، لأن المراعى يوم الحكم، إلا قول المغيرة في القيمة يوم الولادة، فلا تسقط بموت السيد ولا الولد، وعلى قول مالك في أخذ الأجرة: تقوم خدمة ولد المعتق إلى أجل، وقال عبد الملك: يقوم عبداً لا عتق فيه، كما لو قتلته⁽¹⁾ أمه.

فرع

في الكتاب: في ولد المدبرة القيمة على الرجاء والخوف (في عدم عتقهم ثم اصل من عتق ام الولد)⁽²⁾ وقيمة ولد المكاتبه موقوفة إن عجزت الأم اخذت، وإن أدت دفعت للأب لظهور حريتها، قال ابن يونس: قال محمد: في ولد المدبرة قيمته رقيقاً، لأن العتق فيه مقدم على التدبير، لأن من اشترى مدبراً فأعتقه جاهلاً به لم يرّد البائع ثمنه إن علم المشتري بتدبيره، وإن كانت غرة والقيمة المدفوعة في ولد المكاتبه قيمة عبد، واستحب محمد: تعجيل دفعها للسيد بحسبها في الكتابة إن كانت أقل أو مساوية، وإن كانت أكثر لا يلزم الأب إلا الأقل من بقية الكتابة أو قيمة الولد، لأن كل ما ولدته المكاتبه دخل في كتابتها، فكاتبها أحق بقيمة ولدها، كما لو قتل أو أعتقه السيد وهو ممن يسعى برضا الأم فيسقط عنها بما يخصه من الكتابة، قال محمد: لو غصبت مكاتبته فبيعت فولدت عند

(1) (د): لو قتلت.

(2) ما بين القوسين سقط من (ي)، وفيه تحريف.

المشتري أَخَذَهَا السيد وقيمة ولدها رقيقًا، وقال ابن القاسم: توقف القيمة كما تقدم، قال محمد: بل يُعطى⁽¹⁾ للأم في الكتابة، ولا ينرم الأب الا الأقل، كما لو قتل السيد من ولدها⁽²⁾ بعد الكتابة تحسب قيمته من آخر الكتابة، قال محمد: وعلى الأب قيمة ولد المبيعة إلى أجل على أنه يعتق عند الأجل، قال اللخمي: ⁽³⁾ إذا كان الغرم يسقط اذا أدت المكاتبة ويسقط اذا عجزت أن لا يعجل الغرامة بالشك اذا امنت غيبته، او أتى بحميل وإلا دفعت للسيد إن كان مأمونا، وان خيف وقفت على يد غيرها، فإن أدت رُدَّت لِلأب، وان خيف عجزها وكان في بعض القيمة وفاء أخذ، والفاضل للأب، والا دفعت للسيد.

فرع

في الكتاب: ولد العبد المغرور رقيق لسيدها، وقاله (ح)⁽²⁾ إذ لا بد من رقه مع أحد الأبوين، وقال ابو الطاهر: وقيل: هو حر، وقاله (ش) وابن حنبل، لأن الموجب لحرية ولد الأمة ظن حريتها. وهو موجود في حق العبد، قال ابو الطاهر: وحيث قلنا بالحرية لم تجد من تتبعه بالقيمة، وفي الكتاب: لا قيمة له لأنه رقيق فلم يفت، قال ابن يونس: قال محمد: ويرجع العبد على من غره بالمهر، ثم لا يرجع من غره عليها، وان لم يفره غيرها رجع عليها بالفضل عن صداق المثل، لأنه كان يتوهم حرية الولد بحريتها، فبذل لذلك زيادة، وهذا إذا ظَهر أنه بنى على الحرية، والا فلا رجوع بخلاف الحر لا يشترط حريتها، ثم يظهر أنها امة، لأن ظاهر حاله

(1) (د) بل تعطى الام.

(2) (ي): من ولد.

(3) (د) أرى اذا كان... ولعله الصواب بدليل قوله بعد: أن لا يعجل.

(4) (د) (ش).

يمنع زواج الأمة بخلاف العبد .

السبب الثالث: العتق، وفي الجواهر: اذا اعتقت تحتَ عبد فلها الخيار، وقاله الأئمة، فان عتق بعضها بتلا أوكلها لكن بتدبير أو كتابة، أو صارت أم ولد فلا، لأن سبب خيارها: عدم اتصافها بالرق، فلم يكن العبد كفوءاً لَهَا، وان عتقت تحت حر فلا، وقاله (ش) وابن حنبل لحصول المساواة، وأصله: ما في ابني داود⁽¹⁾ قال عليه السلام: (أَيُّ أمة كانت تحت عبد فَعَتَقَتْ فهي بالخيار ما لم يَطْأها زوجها) وفي الموطأ⁽²⁾ ان بريرة عتقت فخيرها عليه السلام فاختارت نفسها فقال لها عليه السلام: لَو راجعته؟ فقالت: يا رسول الله بأمر منك؟ فقال: لا، إنما انا شفيع، فقالت: لا حاجة لي به. قال اللخمي: قال ابن عباس: كان زوجها عبداً يقال له: مُغِيث، وقال الأسود: كان حراً، قال البخاري: قول الأسود منقطع، وقول ابن عباس صحيح، وقيل: لها الخيار مع الحرِّ، لأن العلة كونها مجبورة على النكاح، فتختار عند زوال الرق، فإن عتقت من طلاق رجعي فلها الخيار، قال: ولو قيل بمنعها من الطلاق إذا قال الزوج: أنا لا أرتجع، كان حسناً، وينظر السلطان للصغيرة في المصلحة، وكذلك السفينة أن لا تبادر لاختيار نفسها، لأن لها عصمة نفسها كالإمتناع من النكاح ابتداءً، ورضاها بالمقام لا يلزمها على قول ابن القاسم اذا لم يكن نظراً، لعدم اعتبار تصرفها، ويلزمها عند أشهب، لأنه ليس من باب⁽³⁾ المال، والسفيه يصح تصرفه في العبادات وغيرها.

(1) هو بمعناه في قصة بريرة عند ابني داود في كتاب الطلاق. باب في المملوكة تعتق وهي تحت حرّ أو عبد. عن عائشة، وفي باب حتى متى يكون لها الخيار. ورواه الترمذي ايضاً.

(2) في الطلاق: باب ما جاء في الخيار، عن عائشة في القصة المذكورة.

(3) (د) بيت.

فرع

قال: فلو رفعها الزوج عند العتق وقال: اما تختارينني أو الطلاق، فقالت: أنظر، وأستشير، فالقول قولها، وقاله (ش) وابن حنبل، وقال (ح): خيارها يختص بمجلس العلم، لنا: قوله⁽¹⁾ عليه السلام: (فهي بالخيار ما لم يطأها) الحديث المتقدم. واستحسن ان تؤخر ثلاثة ايام، فإن طال ذلك وطلبت بالنفقة عن الماضي لم يكن لها شيء لمنعها نفسها.

فرع

قال في كتاب⁽²⁾ التملك: إذا قال: إن لم أبعك الى السنة فانت حرة، فقالت: ان خنت فقد اخترت نفسي، قال ابن القاسم: لا بد من الاستئناف، لأن التصرف الأول عدم وجود السبب، كإسقاط الشفعة قبل البيع، والقسم قبل التزويج، والإبراء قبل موت الموروث، وقال اصبح يلزم، واتفقا اذا قال لامرأته: ان غبتُ عنكِ إلى سنة فأمرك بيدك، فقالت: ان فعلت، فقد اخترت انه لازم.

فرع

في الجواهر: اذا عتقت ثم عتق الزوج بتلا قبل اختيارها فلا خيار لها لحصول المساواة.

(1) تقدم تخريجه.

(2) (د) في (الكتاب): التملك اذا قال... وهو تحريف.

فرع

قال: فإن اختارت قبل البناء فلا صدق لها، وقاله الأئمة ويرده السيد، لأن الفسخ من قبلها، فإن كان معدماً: فهل يسقط خيارها لأن ثبوته يؤدي إلى إسقاطه بطلان العتق به⁽¹⁾ من الصدق، أو يثبت ويبيع في الصدق لوقوع ذلك تبعاً، إذ⁽²⁾ يثبت ولا يباع، لأنه دين طارئ باختيارها فلا يرد العتق المتقدم عليه؟ ثلاثة أقوال، ولها المسمى بعد البناء، وقاله (ش) خلاف قوله في العيوب بصدق المثل، ويتبعها كما لها، إلا أن يكون السيد قبضه أو اشترطه.

فرع

قال: واختيارها طلاق لا فسخ كالرد بالعيب والإعسار بالنفقة، وقال الأئمة، فسخ كالبيع.

قاعدة: شرع الله تعالى الأحكام، وشرع لكل حكم سبباً لثبوته، وسبباً لنفيه إذا ثبت، وشرع في أسباب الأملاك: البيع والهبة والوصية وغيرها. وجعل من جملته أسبابها: حوزها من غير أمر زائد في المباحات التي لم يتقدم فيها ملك، ولما شرع حوزها سبباً لثبوت الملك، شرع تركها والإعراض عنها سبباً في الانتفاء كالمطروح من تافه الثمار وسائر المتمولات، والإقالة على القول بأنها ليست بيعاً، فإنها أبطال للملك بمجرد الإعراض، ولم يشرع الحوز سبباً مستقلاً في النكاح لخطره وعظم رتبته، فكذلك لا يشرع الإعراض عنه سبباً لعدمه تسوية⁽³⁾ بين البابين، بل لا بد

(1) (د): بدين.

(2) كذا، ولعله: أو.

(3) (د): لثبوته.

من سبب شرعي غير الإعراض وهو الطلاق، فلا يبطل نكاح صحيح إلا بطلاق لتحل للثاني يقيناً، قال: فإن مضت بأكثر من طلقة ففي لزوم الزائد، لأن الفراق بيدها كالزوج، أو الاقتصار على الواحدة لحصول المقصود بها، والأصل: عدم تصرفها في الطلاق؟ روايتان في الكتاب: والأول رجوع إليه مالك، وفي الكتاب: الواحدة بائنة، لأن كل طلاق لا يندفع الضرر إلا به فهو بائن، الاطلاق المعسر وما في معناه، وروي عنه: ان عتق له الرجعة كالمعسر، قال: وفي الكتاب: يحال بينها حتى تختار لتزلزل سبب الإباحة، وان قالت: اخترت ولايته لها فهي طلقة بائنة، لتعينها بتعين سببها الذي هو العتق، فلا تحتاج إلى نية، ولو بلغها العتق بعد زمان وهو يطؤها فلها الخيار عند العلم وبعده، ما لم يطأ، وان منعت نفسها سنة وقالت: لم اسكت رضا، صدقت بغير يمين كالتملك.

فرع

في الجواهر: قال: يؤخر اختيارها عن زمن الحيض إن اعتقت فيه لتحريم الطلاق فيه فإن عتق قبل الطهر: قال ابن القاسم: هي على خيارها، قال اللخمي: لا خيار لها لحصول التسوية، فلو اختارت فيه فعلى القول بأنها بائنة يُمضى الطلاق، وقال بعض المتأخرون: وعلى القول بالرجعة ينبغي ان لا يمضى، لأن حكم الرجعة ان يجبر الزوج على الرجعة إذا أوقع في الحيض.

فرع

قال: يبطل خيارها بالتصريح بالإسقاط، أو يفعل ما يدل على الإسقاط كالتمكن من الوطء عامة، فإن جهلت الحكم خاصة: فالمشهور: سقوط خيارها لظاهر الحديث المتقدم، ولأن الأحكام تتبع أسبابها، وان جهل

المكلف، وقاله ابن حنبل^(١)، وخالف القاضي ابو الحسن، لأن العتق سبب خيارها، فالأصل: استصحاب حكمه.

فرع

قال: إذا اعتقت وهو غائب فاختارت، ثم ثبت تقدم عتقه، فإن تزوجت أجراه بعض المتأخرين على الثلاثة الأقوال في امرأة المفقود.

فرع

قال: فإن اختلف في الميسر وأنكرت الخلوة: فالقول قولها مع يمينها، والا فالقول قوله مع يمينه عملاً بالظاهر، فإن تصادقا عليه واختلفا في الإكراه: فالقول قوله، لأن الأصل: عدمه. فإن تصادقا على الميسر طوعاً واختلفا في العلم بالعتق صدقت، لأن الأصل: عدمه، قال محمد: بغير يمين.

فرع

قال: فإن عتقت قبل البناء ولم يعلم إلا بعده فلها الأكثر من المسمى وصداق المثل على أنها حرة، وإن كان العقد فاسداً: فصداق حرة، قولاً واحداً، أو صحيحاً وعلمت بالعتق والحكم فالمسمى فقط، قبل البناء وبعده.

(١) (وقاله ابن حنبل) سقطت من (د).

الباب الثالث

في التوابع، وهي ستة:

التابع الأول: تمييز الفسخ بطلاق أو بغيره:

وفي الكتاب أكثر الرواة يقولون: كل نكاح للولي وأحد⁽¹⁾ الزوجين أو غيرهما إمضاءه وفسخه؛ يُفسخ بطلقة بائنة، ويتوارثان قبل الفسخ لقبوله للصحة، كالمتروجة بغير إذن وليها، فيطلقها الزوج أو يخالعا قبل الإجازة فينفذ ذلك. ويقولون: كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه كالشغار ونكاح المريض والمحرم وفاسد الصداق أو عديمه وأدرك قبل البناء؛ وعقد المرأة على نفسها أو غيرها أو العبد على غيره، يفسخ قبل البناء وبعده بغير طلاق، وكل ما فسخ بعده⁽²⁾ لها فساد في عقده، ففيه المسمى لقوله⁽³⁾ عليه السلام في المتروجة بغير ولي: (فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا مَهْرُهَا بِمَا أَصَابَ) وكل ما فسخ قبل البناء فلا صداق فيه وترده إن قبضته، لأن حقيقة الفسخ رد كل واحد من العوضين لصاحبه، قال ابن يونس: قال غيره في المخالعة على مال: ترده، لأن للولي فسخه كالمخالعة يطلع على عيب يوجب الرد،

(1) كذا ولعلها: أو أحد.

(2) بالنسخة: لعهدها.

(3) رواه أبو داود في النكاح، باب في الولي، والترمذي في النكاح، باب ما جاء لانكاح الابولي بمن عاثة، وهو صحيح.

تمضي المخالعة ويرد المال، قال اللخمي: اذا زُوج رجل او امرأة بغير امرها، وعلم بقرب العقد كان بالخيار بالإجازة والرد، ويفسخ بغير طلاق لعدم العقد ولم يجد خلافاً. قال ابن القاسم: والرد بالعيب طلاق، وقال الأبهري: ترد المجنونة والمجدومة بغير طلاق كقول (ش) في العيوب، قال: وعلى هذا اذا كان العيب بالزوج يكون بغير طلاق، وانما زاد الوكيل على ما قاله الموكل من الصداق ولم يرض، قال ابن القاسم: يفسخ بطلاق، وقال غيره: بغير طلاق، قال الأبهري: نكاح العبد يفسخ بغير طلاق. واذا كان الفساد في العقد قيل: فيه صداق المثل استيفاء المنفعة بغير عقد شرعي، وفي الجواهر: آخر قول ابن القاسم لرواية بلغته عن مالك: ان ما نصه⁽¹⁾ الله تعالى على منعه أو رسوله ﷺ ولا يختلف فيه: يفسخ بغير طلاق، وكل ما اختلف الناس في إجازته ورده فسح بطلاق لقبوله الصحة على قول، وقاله في الكتاب وزاد: إن طلق قبل الفسخ لا يلزم، ولا يتوارثان.

فرع

في الجواهر: وضابط ما يفسخ قبل البناء فقط: أن النكاح ان اتفق على فساده والمنع من الإقامة عليه فسح قبل وبعد، والا فالخلل ان كان في العقد فسح قبل، وفي فسحه بعد خلاف، كنكاح المحرم والمريض، أو في الصداق فثلاثة أقوال: قبل، وبعد، ولا يفسخ مطلقا، والمشهور قبل فقط.

(1) كذا ولعلها: نص.

فرع

في الكتاب : الذي يفسخ مطلقاً، يصح فيه اللعان ولحوق النسب فيه دون الظهار، إلا ان يريد: ان تزوجتك، لعدم الزوجية، ويلزم الإيلاء إن تزوجها كالأجنبية.

تمهيد للشرع في هذا الفصل مطلوبان: ابطال العقد المنهي عنه لما تضمنه من الفساد، فلذلك أمر بالفسخ، والحل للزوج الثاني، ولذلك شرع في الفسخ الطلاق ليحصل اليقين بالحل، فحيث يمكن الفساد إما بتنصيب الشارع، أو بالمنع من اختيار الإمضاء أو بالإجماع ظهر ليحل الثاني بدون الطلاق، فلا يشرع الطلاق لثلا ينقص الملك بغير فائدة، وحيث لم يتمكن الفساد لوجود الخلاف أو التمكن من الإمضاء تعين الاحتياط ليحل لوجود أمانة قبول العقد للصحة، فلا يضر نقصان الملك. لأن الزوج ادخل ذلك على نفسه، مع ان الاحتياط للأبضاع أولى من الأملاك، وكذلك تخصيص الفسخ قبل الدخول نظراً لخفة الفساد، فتأكد الصحة بالدخول لأجل الاطلاع على العورتين، وذهاب الحرمتين، وارتفاع الجنابتين من جهة الزوجين.

التابع الثاني: المتعة

وهي - عندنا - مستحبة، وقال الاثمة بوجوبها، لقوله⁽¹⁾ تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ وقوله⁽²⁾: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ، حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ وظاهر الأمر الوجوب، ولأنها بدل عن نصف الصداق في غير المفروض لها، والصداق واجب فتجب، والجواب على الأول: أن قوله

(1) (البقرة: 236).

(2) (البقرة: 241).

تعالى فيه: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ الوجوب⁽¹⁾، لأن الواجب يعم المحسن وغيره، فلما خصصها دل على أنها من باب الإحسان، وهو الجواب عن الثاني، ويرد عليها تمسك بالمفهوم، وخصوصنا تمسكوا بالمنطوق، وهو مقدم على المفهوم إجماعاً، وعن الثالث: لا نسلم أنها بَدَلٌ عن الصداق، بل معروف مستأنف، سلمناه، لكن وجوب النصف دون انتفاع على خلاف الأصل، فلا تكثر مخالفته.

تفريع

في الجواهر: هي لكل امرأة اختار الزوج طلاقها ولا خيار لها فيه، لأن المختارة لا تحتاج جبراً، وليست للمطلقة قبل الدخول، وقد فرض لها لمجبرها بنصف الصداق، ولا لمن كان الطلاق بسببها كالمختلعة والملاعنة، لأنه مضاف إليها فلا تجبر منه في الفراق جبراً، لأنه من جهة الشرع، وإنما يجبر الزوج ما كان من جهته، ولا للمجبرة إذا اختارت، لأنها غير منكسرة، وروي: لها المتعة، لأن ابتداءه من الزوج، ولا للرجعية وإن ارتجعت، لأن الرجعة أتم من المتعة، وإلاً فلها، قال فضل بن سلمة: ومقتضاه: لأنها لا تمتع حتى تنقضي العدة، ولو كانت بانياً⁽²⁾ فرد بها فلها المتعة، لأنها استحققتها قبل الرد. واستقر للخمى نفيها.

(1) بالنسخة هنا بياض بقدر كلمة. ولعلها: لغیر الوجوب.

(2) كذا ولعلها: بانئنا.

فرع

في (الجواهر): مقدارها موكول الى اختياره، لعدم الوجوب، ويستحب تقديرها بعسره ويسره، لقوله^(١) تعالى: ﴿عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾. وفي (الكتاب): على العبد المتعة دون النفقة، ولو خلا بها واختلفا في الميسر وقد طلقها: صدقت في الصداق دون المتعة، والصغيرة والأمة والذمية لمن المتعة.

فرع

قال صاحب التلخيص : واختلف في المطلقة قبل الدخول، ولم يسم لها، والتي طلقت بعد الدخول وقد سمى لها أم لا، أيها أكد؟ ثلاثة اقوال: قال ما لك: هما في عدم الوجوب سواء، وقيل: سواء في الوجوب، وقيل: يختص الوجوب في التي لم يدخل بها ولم يسم لها، لأنها مورد النص، نقله هكذا بصيغة الوجوب.

فرع

قال: فإن بآنت فهل تجب للورثة كسائر الحقوق؟ وقيل: لا لفوات إزالة ألم الطلاق.

التابع الثالث: الوليمة والمهر

قال صاحب الاستذكار : الوليمة في اللغة: طعام العرس والإملاك. والإعذار: طعام الختان، والنقبة: طعام القادم من السفر، والخرس: طعام

(١). (البقرة: 236) وبالنسخة: على الميسر، وهو خطأ.

النفاس، والمأذبة: طعام الدعوة، والوكيرة⁽¹⁾ : بناء⁽²⁾ الدار، وقال غيره: والعقيقة لأجل الولد. والحداق: طعام الصبي عند حذاق القرآن جهده⁽³⁾. ثمانية أسماء للأطعمة في اللغة، وأصلها ما في مسلم⁽⁴⁾ انه ﷺ رأى على عبد الرحمن أثر صفرة فقال: (ما هذا؟ قال: يا رسول الله، إني تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب، قال: بارك الله لك، أو لم وَلَوْ بَشَاةٍ) قال صاحب القبس: وهي أقلها مع القدرة، وإلا فبحسب الإستطاعة، لأنه⁽⁵⁾ (ﷺ) أولم على بعض نسائه بالخبز والتمر والأقط. قال صاحب المنتقى: وهي يوم واحد، لأن الزيادة سرف، وقال ابن حبيب: يؤلم ذو القدرة ثمانية أيام لما فيه من اظهار النكاح والتوسعة على الناس، ويكره أن يقول: يتكرر على طعامي ثمانية أيام، لأنه مباهاة، وقال (ش) وابن حنبل: تشرع اكثر من يوم، وتجب الإجابة للأول، وتستحب للثاني دون الثالث، وفي الجواهر: يجعلها بعد البناء، قال اللخمي: هي قبله وبعده واسع، فقد⁽⁶⁾ أولم (ﷺ) علي صفة بعد البناء.

وإتيانها واجب خيفة العداوة وأن لا يهدون⁽⁷⁾ إن لم يحضرها من يشهد النكاح به، ومباح ان حضرها، وخالفه صاحب الجواهر، قال:

(1) النسخة: الوكيدة، والصواب: الوكيرة بالراء.

(2) كذا والصواب: طعام بناء.

(3) مكررة. كذا، ولعلها: فاتت.

(4) في النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، وهو في البخاري في النكاح وغيره. ومالك في (الموطأ) في النكاح، باب ما جاء في الوليمة، عن انس بن مالك.

(5) رواه البخاري في النكاح، باب اتخاذ السراري، ومسلم في النكاح، باب فضيلة اعتاقه أمته ثم يتزوجها. عن انس بن مالك. وكان ذلك في وليمة صفة رضي الله عنها.

(6) تقدم تخريجه آنفاً.

(7) كذا.

ويجب اتيانها على من دعي اليها عند مالك والأئمة وأكثر العلماء. لما في مسلم ^(١) قال (ﷺ): (إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَى الْوَلِيمَةِ فَلْيَأْتِهَا) وصفة ما تجب الإجابة أن يعين الرجل الدعوة، فإن قال للرسول: ادع من تحب لم تجب لعدم التعيين، وهل يجب الأكل؟ قال ابو الوليد: لم أر لأصحابنا فيه نصاً، ومسائل المذهب على القولين، وتقدم الوجوب. قال ابن حنبل: لقوله (ﷺ) في الصحيح ^(٢): (إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ فَلْيُجِبْ، فَإِنْ شَاءَ أَكَلَ) وإن شاء ترك قال القاضي ابو الحسن: مذهبننا: استحباب الإجابة، قال: ولا يحضر ذو الهيئة موضع اللهو، ويرجع المدعو إن وجد المنكر، لأن التحريم يقدم على الإيجاب، لأن المفسد مقدمة الدفع على المصالح، وقاله (ش)، وقال (ح) وابن حنبل: يجب الحضور مع المنكر، وينتهي عنه ان استطاع، فيطيع الله طاعتين، وإلا سقط عنه الخطاب به، ولأن الحق لا يترك لأجل الباطل، قال ابو الحسن: ويلحق بالمنكر: فرش الحرير، أو تأذ بحضور السفلة. أو الزحام، أو غلق الباب دونه، أو على جدار الدار صور أو ساتر، ولا بأس بصور الأشجار واللعب واللهو الخفيف، قال صاحب البيان: اتفق اهل العلم على الدف، وهو الغريال في الوليمة والعرس، وفي الكبر والمزهر: ثلاثة اقوال، قال ابن حبيب: هما كالغريال، ومنع أصبغ، والجواز لابن القاسم في الكبر دون المزهر، ولابن كنانة: إجازة البوق والزمارة التي لا تلهي في العرس، واختلف في جواز ما أجز من ذلك: فالمشهور: هو إباحة. وقيل: كراهة، وقيل: يعم الجواز الرجال والنساء، وهو المشهور، وخصصه اصبغ بالنساء، قال ابن القاسم:

(١) في النكاح، باب الأمر بإجابة الداعي الى دعواه، عن عبدالله بن عمر، وهو في البخاري في النكاح.

(٢) رواه مسلم في النكاح، باب الأمر بإجابة الداعي الى دعواه، عن جابر بن عبدالله.

ويستحب الرَجَزُ الخفيف كقول ⁽¹⁾ جوارى الأنصار:....

أَتَيْنَاكُمْ أَتَيْنَاكُمْ فَحِينَا نَحْيِيكُمْ
قال: ولا يعجبني التصفيق، وقد قال ⁽²⁾ عليه السلام: (كُلُّ لَهْوٍ يَلْهُو بِهِ
الْمُؤْمِنُ بَاطِلٌ. إِلَّا ثَلَاثًا: مَلَاعِبَةُ الرَّجُلِ امْرَأَتَهُ، وَتَأْدِيبُهُ قَرَسَهُ، وَرُمِيهِ
عَنْ قَوْسِهِ) وفي التيهات: الدف - بضم الدال - هو المدور، بوجه
واحد، وهو الغربال، والمربع من الوجهين هو المزهر، وليس بعربي،
والمزهر عند العرب عودُ الغنا.

فرع

في الجواهر: لا تترك الإجابة لأجل الصوم، بل يترك الأكل.

فرع

ويكره نثر السُّكَّر واللوز وشبهه، وقاله (ش) وابن حنبل: خلافاً
لـ (ح) لأنه يقع نهياً، وفي البخاري ⁽³⁾: قال عليه السلام: (لَا تَحِلُّ النَّهْبَةُ
وَالْمِثْلَةُ).

(1) رواه ابن ماجه في السنن في الوليمة، عن ابن عباس باسناد فيه ضعف، ورواه عبدالله
ابن احمد في زوائد المسند، عن عمرو بن يحيى المازني عن جده ابي حسن، وفي سنده
متروك ويشهد له الحديث السابق.

(2) رواه ابو داود في الجهاد، باب في الرمي، والنسائي في الجهاد، باب ثواب من رمى
بهم في سبيل الله تعالى، عن عقبة بن عامر، وهو حسن.

(3) روى النسائي في الصيد، باب تحريم اكل السباع، عن ابي ثعلبة مرفوعاً: لا تحل النهي
الخ وهو صحيح وليس في البخاري، وروي احمد (175/3) والترمذي (1601)
وابو داود وغيرهم عن عمران بن حصين مرفوعاً، من انتهب نهبة فليس منا. اما النهي
عن المثلة ففي احاديث منها حديث بريدة عند مسلم رقم (1731) في الجهاد من
حديث طويل.

فرع

قال اللخمي: كره ما لك لأهل الفضائل اتیان طعام غير العرس، قال: وأراد إن كان المدعو قريباً أو صديقاً أو جاراً كان العرس وغيره سواء، والا كره غير العرس، لقوله⁽¹⁾ (ﷺ) (شرُّ الطعام طعامُ الوليمةِ، يُدعى إليه الغني دونَ الفقير) وإذا أتى الرجل العظيم فلا بأس بعدم الأكل لأن المقصود منه الشريف⁽²⁾ إلا أن يخشى الوحشة، لقوله⁽³⁾ (ﷺ): (فَلْيَاتِ، وَإِنْ كَانَ مُفْطَرّاً فَلْيَطْعَمْ، وَإِنْ كَانَ صَائِماً فَلْيَصِلْ أَيْ يَدْعُ).

التابع الرابع: القسم بين النساء، وفيه خمسة فصول:

الفصل الأول: فيمن يستحق القسم، قال⁽⁴⁾ الله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ، فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ﴾ وقال تعالى⁽⁵⁾: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وفي الترمذي قال⁽⁶⁾ (ﷺ): (إِذَا كَانَ عِنْدَ الرَّجُلِ امْرَأَتَانِ فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا جَاءَ

(1) رواه البخاري في النكاح، باب من ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله، ومسلم في النكاح، باب الأمر باجابة الداعي، ومالك في (الموطأ) في النكاح عن ابي هريرة. ولفظه: شر الطعام... يدعى له الأغنياء، ويترك المساكين، ومن لم يأت الدعوة فقد عصى الله ورسوله.

(2) كذا ولعلها: التشريف.

(3) رواه البخاري في النكاح، باب من ترك الدعوة الخ وابو داود في الأطعمة، عن ابن عمر ولفظه: إذا دعى احدكم الى وليمة فليأتها...

(4) (النساء: 128).

(5) (النساء: 18).

(6) رواه ابو داود في النكاح، باب القسمة بين النساء، والترمذي في النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر، عن أبي هريرة، وهو صحيح.

يوم القيامة وشقّه ساقط). وفي الجواهر: من له امرأة واحدة لا يجب عليه المبيت عندها، ويستحب، لتحسينها، وقال ابن حنبل: يجب لها في كل أربع ليال ليلة، لأنه لو كان له أربع نسوة كان لها ذلك، والفرق: ان ضرر اتیان الضرة منفي هاهنا، ولو كان له أربع وترك الجميع جاز، ولا يجب القسم بين السراري لعدم حقهن في الوطء ولا بينهن وبين الزوجات، والأولى كف الأذى، ويجب العدل بين الزوجات اجماعاً، وتستحقه المريضة، والرتقاء، والنفساء، والحائض، والمحرمة، والمولوى عنها، والمظاهرة. وكل من لها عذر شرعي او طبعي بحصول الاثنين، وقاله في الكتاب وقاله الاثمة، ولا تجب المباشرة، ولا جمع⁽¹⁾ ان ينشط في يوم واحدة دون الأخرى الا ان يقصد الضرر⁽²⁾ عنها ليس في غيرها، وفي البخاري⁽³⁾: (كان (ﷺ) يَقْسِمُ بَيْنَ نِسَائِهِ فَيَعْدِلُ ويقول: اللهم هذا قَسَمِي فِيْهَا أَمْلِكُ، فَلَا تَلْمَنِي فِيْهَا تَمْلِكُ وَلَا أَمْلِكُ) قال ابو الطاهر: الإتيان على أربعة أقسام: جائز، وهو ميل القلب والمحسنة⁽⁴⁾ وانشاط الى الحمل، لأنه لا يملك، وكذلك بما يجب لها لارتقاء منزلتها وتفضيلها بالمقدار الواجب بزيادة نفقة على الأخرى بما لا تستحقه مع توفية الأخرى نفقتها، فيه قولان: الجواز، لأنه لم يَجْرُ، والمنع، لأنه ميل بما يملكه والأذية للأخرى، والرابع: تنقيصُ احداها بما يجب لها، أو بترك الجماع قصداً، ويترك للأخرى، وهو ممنوع اجماعاً، وفي الجواهر: يجب القسم على كل زوج مكلف، وعلى ولي المجنون أن يطوف به، وقاله الاثمة، لتحصيل الأنس، وفي الكتاب: اذا كان المريض يقدر على

(1) كذا ولعلها: ولا جماع.

(2) يياض بري) بقدر كلمة، وفي الكلام قبله وبعده شيء.

(3) ليس في البخاري وإنما رواه ابو داود في النكاح، باب القسم بين النساء، والترمذي في

النكاح، والنسائي في عشرة النساء، وابن ماجه، عن عائشة، وصححه ابن حبان، ورواه

الحاكم في (المستدرک) 2/178 وصححه ووافقه الذهبي.

(4) كذا ولعلها: والمحبّة.

القسم وجب أن لا يجد⁽¹⁾ لاقامته ما لم يكن⁽²⁾ كما أقام⁽³⁾ (ﷺ) عند عائشة - رضي الله عنها - في مرضه، قال اللخمي: وقيل: إذا غلب المرض واحداهنَّ تصلحُ لتمريريه، دون غيرها تعينت، وإن تساوين فبالقرعة الآ أن يرضين، لما في أبي داود⁽⁴⁾ (بَعَثَ (ﷺ) إلى نسائه في المرض فاجتمعن فقال: إني لا أستطيع أن أدور بينكن، فإن رأيتن أن تأذن لي فأكون عند عائشة - رضي الله عنها - إن فعلتن، فأذن له) والمشهور: يروى أنه (ﷺ) فعل ذلك تطيباً لقلوبهن، لا أنه واجب عليه.

فرع

في الكتاب: إذا سافرت احداهن مدة لم تحاسبه ويتبدى القسم، لأنها أسقطت حقوقها، وإذا أقام عند احداهن مدة⁽⁵⁾ عن ذلك ولم تحاسبه، لأن المقصود من القسم دفع الضرر الحاضر وتحسين المرأة. وهو يفوت بفوات زمانه، وكالعبد المعتق بعضه لا يحاسبه بهذا الإباق، وقاله (ح)، وقال (ش): يجب القضاء فيما ظلم فيه كسائر الحقوق، والفرق: أن الحقوق انما وجب دفعها بعد زمان لحصول مصلحتها بعد زمانها، وهاهنا تفوت المصلحة لفوات الزمان فلا مضي⁽⁶⁾ للقضاء. وفي

(1) كذا.

(2) بياض بالنسخة بمقدار كلمة.

(3) كما في حديث عائشة عند ابن داود بسند حسن في النكاح، باب القسمة بين النساء.

(4) في النكاح، باب في القسمة بين النساء، وهو حديث حسن، عن عائشة، وله شاهد في الصحيحين من حديثها أيضاً.

(5) بياض بالنسخة بقدر كلمة.

(6) في النسخة يمكن ان تقرأ: فلا يمضي الفضاء، ولعل الأصل: فلا معنى للقضاء.

الجواهر : استقرأ اللخمي القضاء اذا اقام عند غيرها اكثر من نوبتها من قوله في السليمانية : اذا اقام عند احدها شهرين وهن أربع ، وحلف أن لا يطأها ستة أشهر حتى يوفي الباقيات ليس بمول⁽¹⁾ لأنه قصد العدل ، قال ابو الطاهر : يحتمل أن يكون مراده الاستيناف دون المحاسبة فلا يكون مولى لأنه لا يقصد الضرر ، قال ابن يونس : قال مالك : اذا اغلقن الباب دونه ضرراً له : فله الذهاب الى الأخرى ، وان قدر على المبيت في حجرتها ففعل ، لأنها وان ظلمته فلم تسقط⁽²⁾ حقها ، قال ابو الطاهر : ان كان ظالماً عليها لم يذهب بغيرها ، وان كانت ظالمة ذهب ، قال ابن يونس : ولها ان يشرب ويتوضأ من بيتها في غير يومها⁽³⁾ ، ويأكل من طعام يبعث به اليها من غير تعمل ميل ، وقال : لا يأتي في يومها الا لحاجة أو عيادة ، وله جعل ثيابه عند إحداها ما لم يُرد ضرراً أو ميلاً .

فرع

قال ابن يونس : قال ابن حبيب : اذا قدم من سفره نهراً أقامه عند أيها شاء ، ولا يحسبه ويأتنف القسم ، لأن المقصود الليل فقد ذهب ، قال : وأحب أن ينزل عند التي خرج من عندها ، وقاله مالك وأصحابه ، واذا كانت ذات قدر جازت المفاضلة في النفقة والأحسن التسوية ، فقد كان لمعاذ بن جبل امرأتان يمتنع من شرب الماء من عندهما ، وانها ماتتا فلم يدفنها الا بالقرعة .

(1) اسم فاعل من آل يولي ايلاء فهو مول .

(2) النسخة : فلم يسقط .

(3) في النسخة : يومئذ .

فرع

إذا رضيت بذاك أيامها وآثرت بها غيرها على أن لا يطلقها، جاز، لما في مسلم⁽¹⁾: (ان سودة لما كبرت جعلت يومها منه (ﷺ) لعائشة رضي الله عنها - فكان - (ﷺ) يقسم⁽²⁾ لها يومين) ولها الرجوع متى شاءت فيها ذهبت، وقاله الأئمة.

قاعدة: كل حق تعين سببه نفذ التصرف فيه، ولو فقد شرطه، كدفع الزكاة قبل الحول لتحقق السبب الذي هو النصاب. وان فقد الشرط الذي هو الحول، والعفو عن القصاص والدية قبل الموت، والتكفير قبل الحنث، وغير ذلك، وما هنا تحقق سبب استحقاق القسم وهو العصمة. فينبغي أن ينفذ التصرف، فيشكل ان لها الرجوع، والذي يمكن أن يقال: ان التصرفات تنقسم الى النقل: كالهبة والبيع، والإسقاط: كالعتق والطلاق، فإن العبد اذا لم يملك نفسه بعد العتق⁽³⁾ لم ينتقل اليه ما كان للسيد، بل سقط، وكذلك الزوج، فقلنا: ان يجعل هذا من باب النقل بالهبة، والهبة اذا لم يتصل بها قبض لا تتم، وان كان سبب ملكه متحققاً، أما لو جعلناه من باب الإسقاط: فلا يتأتى الرجوع لما تقدم من القاعدة في إسقاط الدين وغيره، ويرد عليه: أنه بالإسقاط أشبه، لأن الزوج لا يملك المطالبة بأن يوطيء كما كان ذلك للمرأة. وأما ان دفعته لضررتها فليس اسقاطاً⁽⁴⁾ لأنه لم يترتب على الضرة حتى يسقط بالهبة، لكن الهبة اذا كانت

(1) في الرضاع، باب جواز هبتها نوبتها لضررتها، والبخاري في النكاح، باب المرأة تهب يومها من زوجها لضررتها وكيف يقسم ذلك، عن عائشة رضي الله عنها.

(2) في النسخة: يقيم.

(3) في النسخة: فلم.

(4) في النسخة: اسقاط.

بشرط تجري مجرى المعاوضة تم بمجرد العقد، ولو سلم ان الشرط لا أنزله⁽¹⁾ لكن الواهب لا يتمكن من الرجوع في الهبة، بل للموهوب له المطالبة والالزام بالتسليم⁽²⁾ إذا أعرض الموهوب مع القدرة سقط حقه، وهاهنا لم تتمكن الضرة من استيفاء الموهوب، لكونه في المستقبل فلا تستوفي الا منه.

فرع

قال في الجواهر : لا يلزمه قبول الهبة، لأن له حقاً في الإستمتاع بالواهبة، فإن قيل: ليس للموهوبة الامتناع وان وهبت من الزوج نفسه فله تخصيص بعضهن بالموهوب، قياساً على ماله بالأصالة.

الفصل الثاني، في زمان القسم: وفي الكتاب : يوم بيوم لا أكثر، ويعدل في المبيت، وقاله ابن حنبل، وقال (ش) و(ح): أقله ليلة، ويجوز الى ثلاثة أيام لسرتها⁽³⁾ في البيت للعروس، لما في ابي داود⁽⁴⁾ : (كان (ﷺ) لا يفضل بعضنا على بعض في القسم في مكثه عندنا، وكان قل يوم الا وهو يطوف علينا جميعاً، فيدنو من كل امرأة من غير مسيس، حتى يبلغ التي هو يومها فيبيت عندها). وفي الجواهر : له البداية بالليل أو بالنهار، وانما عليه أن يكمل يوماً وليلة. قال ابو الوليد : وأظهر أقوال أصحابنا: البداية بالليل، لأنه السابق على النهار في اللغة المشهورة، ولا يزيد على الليلة الا برضاها ورضاه، أو يكن في بلاد

(1) كذا.

(2) بياض بالنسخة بقدر كلمة.

(3) كذا ولعلها: لسرتها.

(4) في النكاح، باب في القسمة بين النساء، عن عائشة، وهو صحيح، وله تنمة وشاهد.

متباعدة فيقسم الجمعة والشهرَ على حسب الإمكان، ولا ينصص الليلة، قال اللخمي: وأجاز ابن القصار أن يسَّع بغير رضا عن اعتباراً بالبكر العروس.

فرع

قال اللخمي: اختلف في بيعها اليوم وشبهه، فجوزه مالك في الليلة، وكره غيرها، وحرمه (ح) وابن حنبل، لأنه عقد على جور، ولأن الاستمتاع لا يقابل بالعوض، وفي نظر الشرع، إلا في عقد النكاح، أما إياها معلومة فلا. قال صاحب البيان: شراء المرأة ليلة واحدة لصاحبها أشد كراهة من شراء الرجل ذلك منها، لأن المرأة قد يحصل مقصودها من الوطء تلك الليلة وقد يتعذر، والرجل متمكن من الاستمتاع، والمرأة⁽¹⁾ الطويلة، فيكره منها لكثرة الغرر، قال اللخمي: وإن أذنت له أن يطأ الأخرى في نوبتها. جاز، وليس للأمة اسقاط يومها إلا بإذن سيدها لحقه في الولد، إلا أن يكون غير بالغ، أو هي حامل فيسقط حقها زمن الحمل.

الفصل الثالث، في مقام القسم: قال ابن يونس: قال مالك: ليس له جمعهن في بيت واحد إلا برضا عن، ولا في فراش وإن رضين، لما فيه من قلة المرأة، وكرهه في الإماء، أو أن يتعرَّين بغير ثياب، وأن يطأ وفي البيت معه من يسمع حسه ولو كان الصبي نائماً، وكان ابن عمر - رضي الله عنهما - يُخرج الصبي⁽²⁾ من المهد والبهيمة. قال عبد الملك: وله في أمته أن ينام معها دون وطء، قال مالك: وليأتين ولا يأتينه، لفعله⁽³⁾

(1) كذا. ولعلها: والمدة.

(2) في النسخة: صبي.

(3) هو في حديث عائشة عند أبي داود الذي تقدم تخريجه آنفاً.

(ﷺ) ذلك الا ان يرضين، وقال (ش) وابن حنبل: عليهن أن يأتينه لتوفيته حقه، قال ابن عبد الحكم: يقضى عليه بالذهاب وبالتفريق في المساكن، قال اللخمي: منع مالك جمع الحرتين من غير وطء وكرهه عبد الملك، وفي الإماء ثلاثة أقوال: المنع للملك، والكراهة لغيره، والإباحة لابن حبيب، ولا فرق بين الحرائر والإماء فيما يتعلق بحق الله تعالى بل بحقوقها، فإن رضيا جاز، والمنع أصوب، لأنه يؤدي الى وطء احداها بحضرة الأخرى.

الفصل الرابع في التفاضل، وله أسباب :

السبب الأول: تجدد النكاح، وفي الكتاب : اذا نكح بكرة أقام عندها سبعة، أو ثيباً فثلاثاً، لما في أبي داود⁽¹⁾ (أنه ﷺ) لما تزوج أم مسلمة أقام عندها ثلاثاً، وقال: ليس بكِ على اهليكِ هوان، إن شئتِ سبعتُ لكِ، وإن سبعتُ لكِ سبعتُ لنسائي، وإن شئتِ ثلاثة ثم درت) وقال انس في (الصحيح)⁽²⁾ : من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعة وقسم، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ثم قسم.

فائدة: قال صاحب المفهم والإكمال : قوله (ﷺ): ليس بكِ على اهليكِ هوان. المراد بالأهل: هو (ﷺ) لأن كل واحد من الزوجين اهل لصاحبه، ومعناه: لا أفعل بكِ فعلاً يدل على هوانك عندي، قال ابن

(1) في النكاح، باب في المقام عند البكر، وهو في صحيح مسلم في الرضاع، باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من اقامة الزوج عندها عقب الزفاف، وفي (الموطأ) في النكاح، باب المقام عند البكر والأم، عن ام سلمة.

(2) البخاري في النكاح، باب اذا تزوج البكر على الثيب، وباب اذا تزوج الثيب على البكر، ومسلم في الرضاع، باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من اقامة الزوج عندها عقب الزفاف، وهو في (الموطأ) أيضاً في الرضاع، باب المقام عند البكر والأم.

القاسم في الكتاب : وهو حق لها وليس للزوج، وقاله (ش) وابن حنبل، لأنه (عليه السلام) اضافها لها^(١) المقتضية للملك، ويأتنف القسم، وروى أشهب: حق المزوج ليتمتع. قال أشهب: لا يقضى به عليه كالمتمتع، وقال ابن عبد الحكم: يقضى به كسائر الحقوق، ووافقنا الشافعي وابن حنبل، وقال (ح): لا يفضل الجديدة بشيء، لأن القديمة أولى بالتأسيس، لأنه اضرها بالجديدة، ولأنها أتم حرمة لسابق محبتها، ويقال لذلك: لكل جديد لذة، ولكل قديم حرمة، والمراد بالجديد: التفضيل بالبداية دون الزيادة، ولما كانت الشيب مباشرة للرجال مستوحشة منه خاصة، اكتفي بالثلاث، والبكر مستوحشة مطلقاً استحب سبعاً، قال محمد: ويبتدىء القسم بالتي كان عندها أو بغيرها، وقاله ما لك في القادم من السفر بإحداهن، فإن لم يكن له غيرها لم تلزمه الإقامة بكراً كانت أو ثيباً، وفي الجواهر: فيه خلاف، ونقل^(٢) قولان بأن الإقامة حق لها، وفي وجوب الإقامة والاستحباب قولان.

فرع

قال ابن يونس: قال مالك: ولا يتخلف العروس عن الجمعة والجماعات، وقيل: يتخلف عن الجماعات دون الجمعة، لأنها فرض. قال اللخمي: والعادة اليوم: عدم الخروج للصلاة والحاجات، وأرى التزام العادة، لأن على المرأة معرفة ذلك عند النساء.

(١) بياض بقدر كلمة.

(٢) كذا.

فرع

قال اللخمي: اذا زُفّت اليه امرأتان في ليلة أقرع بينهما، وعلى احد قولي مالك: ان ذلك حق له يتخير، واذا انقضت ايام البناء، او صح المريض، او قدم المسافر: هل يبتدىء بغير من كان عندها، أو يتخير، أو يقرع بين من عزلها؟ ثلاثة اقوال، أو يُقرع بين من عزلها ثلاثة اقوال، قال: وأرى أن يبتدىء بغيرها ثم بالتي كان لها الحق قبل البناء، أو المرض أو السفر، ثم يكون عند من كان عندها.

وفي الجواهر: تستوي في الإقامة الحرة والأمة، قال ابو الوليد: والصحيح: القضاء بالإقامة.

فرع

في الجواهر: لو التمسث الثيب الزيادة مُنعت لحق غيرها، وقال القاضي ابو الحسن: يكمل لها سبعا ان اختارت، ويقضي للنساء سبعا للحديث المتقدم، لأن اختيارها للسبع يبطل حقها من الثلاث.

السبب الثاني: الحرية، وفي الكتاب: المسلمات، والكتابات، والحرائر والإماء سواء في القسم لاستوائهن في الطباع، وفي (الجواهر): روي⁽¹⁾: للأمة: ليلة، وللحرة: ليلتان، وقاله الأئمة، لقوله⁽²⁾ (عليه السلام): (للحرة

(1) رواه ابن منده وابو نعم في المعرفة عن الأسود بن عويم بلفظ: للحر يومان وللأمة يوم، وفي سنده كذاب كما قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (3/202).

(2) عند ابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما، والدراقطني والبيهقي في سننهما في النكاح والقسم، عن علي موقوفا: اذا نكحت الحرة على الأمة فلهذه الثلاثان ولهذه الثلث، ان الامة لا ينبغي ان تزوج على الحرة. وسنده ضعيف، ولم اجده بلفظ المؤلف.

ثلاثاً القسم⁽¹⁾ قال: ورجع اليه مالك. لأنها حقيرة عند نفسها. فلا تجد من الألم ما تجده، فالأمة تجد من الألم ما لا تجده الحرة، ويؤيده خيار الحرة اذا تزوج عليها أمة، واذا فرعنا عليه فبدأ بالحرّة فعتقت الأمة قبل انقضاء ليلتها اكمل ليلتين، او بعد انقضائها لم يزد ها وسوى بعد ذلك، وان بدأ بها فعتقت قبل تمام نوبتها صارت كالحرّة الأصلية، أو بعدها وفيت الحرّة ليلتين، لأنه تمام حكم وقع في الرق، ثم سوى بعد ذلك، قال ابو الطاهر: اذا كان الزوج عبداً فالمذهب كله على التسوية الا عبد الملك لرضا الحرّة بمساواة الرقيق زوجاً.

الفصل الخامس في السفر بهن، في الكتاب : اذا سافر لحج أو غزو أو حاجة سافر بأيتهن شاء بغير قرعة إن كان غير ضرر ولا ميل، فإن كانت القرعة ففي الغزو لما في مسلم⁽²⁾ كان (ﷺ) اذا اراد يخرج في سفر اقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه) وكان (ﷺ) انما يسافر للحج، ولأن حقهن يسقط بالسفر فله أن يسافر ويتركهن. وقاله (ح)، وقال (ش) وابن حنبل: لا بد من القرعة في كل سفر للحديث المتقدم. قال: واذا قدم ابتداء ولا يقاص التي معه، قال ابن يونس: وروي القرعة في السفر كله، والفرق للمشهور: ان المشاحة تعظم في سفر القربات، وقال عبد الوهاب: اذا كان فيهن من لا تصلح للسفر وفيهن من تصلح سافر بها من غير قرعة، وانما القرعة في الحج والغزو حيث التساوي. وفي الجواهر: ترك القرعة مطلقاً اختيار ابن القاسم.

(1) كذا ولعله: في القسم.

(2) رواه البخاري في النكاح، باب القرعة بين النساء، ومسلم في فضائل الصحابة، باب فضل عائشة، وفي التوبة، باب في حديث الإفك، عن عائشة.

فرع

في الكتاب : له المسافرة بها وان كرهت. وان قالت: حتى آخذ صداقي وقد بنى بها فله الخروج، وتتبعه به، قال ابن يونس: قال مالك: وينظر الى صلاحه واحسانه اليها ولا يمكن من ضررها.

التابع الخامس: النفقة

وأسابها: النكاح، والقراة، والملك.

السبب الأول: النكاح، وفي الجواهر: هو موجب بشرط التمكن وبلوغ الزوج واطاقة المرأة الوطاء، لأن الذي عقد له الزوج لا يحصل منها البلوغ، والمقصود منها التمكين وهو حاصل دون البلوغ، وقيل: تلزمه النفقة والدخول اذا بلغ الوطاء قياساً عليها. قال الأبهري: اذا دعوه للدخول فعليه النفقة، أو النفقة دون الدخول فلا، وكذلك ان مرضت فعرضوها لأن الامتناع من جهته، ووافقنا (ح) في الصغيرة التي لا توطأ، وخالفنا (ش).

وأصل وجوبها: ما في البخاري⁽¹⁾ قالت له (ﷺ) هند بنت عتبة: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل ممسك وليس يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما أخذت منه وهو لا يعلم؟ فقال (ﷺ): (خذي ما يكفيك ولذك بالمعروف) وفيه فصول.

الفصل الأول، في أنواع الواجب وهي ستة.

النوع الأول: الطعام، وفي الجواهر: يختلف باختلاف أحوال

(1) في البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، ومسلم في الأقضية، باب قضية هند، عن عائشة.

الزوجات والإنكاح والبلاد وعسر الزوج ويسره، لقوله⁽¹⁾ تعالى: ﴿لَيْنَفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ، وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ قال ابن القاسم: رب رجل ضعيف وسعر غال، فالوسط من الشبع، وقال مالك: المد، وقدره غيره مدا وثلاثا، وقال ابن القاسم: في الشهر⁽²⁾ ونصف الى ثلاث، قال ابن حبيب: والوتيد اثنان وعشرون مداً بمده (ﷺ)، قال: وأرى⁽³⁾ بالقرطبي في الشهر وسطا، وهو أربعة وأربعون مداً. قال محمد: قول ابن القاسم ليس عاماً، وقد تكفي الويتان في بعض الناس. قال: ومد مروان وسط الشبع في الأمصار، وهو مد وثلاث. ومده (ﷺ) وسط بالمدينة، ويفرض البر والشعير والذرة والتمر ونحوه، على عادة قوة الزوجين، وتقدم⁽³⁾ الطعام بالكيل، قاله (ش) وقدر مداً للمعسر ومدين للموسر⁽⁴⁾ ومداً ونصفاً للمتوسط، وقال: لا يلزمها الأكل معه كقولنا، وقال (ح): اذا تمكنت من الأكل من مائدته ليس لها مطالبته، ولا يفرض لها شيء، والا فرض لها كفايتها فوق التقدير ودون السرف.

سؤال: تقدير الحب بالكيل مشكل لأمر: أحدها: أنه لم يعهد في السلف انهم كانوا يصرفون لنسائهم الحب، بل ما جرت العادة به من خبز وغيره، وثانيها: أنه يلزم ان يموت الانسان ونفقة امرأته في ذمته، لأن المعاوضة عليه السلام⁽⁵⁾ بماله. وثالثها: لم يسمع عن أحد من السلف انه عاوض امرأته، ولا أوصى عند موته بالنفقة، ولا حكم بها حاكم.

النوع الثاني: الإدام. وفي الجواهر: وهو ما يناسبها، ويفرض الخل

(1) (الطلاق: 7).

(2) بياض ب. ي.

(3) كذا ولعله: ويقدر.

(4) ي: الميسر.

(5) كذا.

والزيت للأكل، والوقيد والخطب واللحم في بعض الأيام، والماء للشرب والغسل. قال محمد: ويجمع ثمن ذلك كله مع القمح، وقاله (ش) و(ح) ولكن المعتبر عند (ح) في جميع النفقة حال الزوج ذونها، قال محمد، ولا يفرض العسل ولا التمر ولا الخالوم⁽¹⁾، قال عبد الملك: ولا القطنية، ولا فاكهة خضراء ولا يابسة، بل ما لا غنى عنه بقدر الرجل والمرأة. ويفرض مشط رأسها ودهنه، وقاله الأئمة، وإذا كان الإعسار بينا فلا أقل مما يعيش به كويتين⁽²⁾ بمصر وطبخها وخبزها ودريهات لزيت وماء وخطب، والطبخة بعد الطبخة، وما لا بد منه، قال مالك: ويزاد للمرضع ما يقوِّها على الرضاع.

النوع الثالث: نفقة الخادم. وقاله الأئمة لذات القدر عنه⁽³⁾ وفي الجواهر: ليس عليها خدمة بيتها ولا غزل ولا غيره، وغير ذات القدر ليس عليه إخدامها، أو عليها خدمة مثلها، فالشريعة⁽⁴⁾ بالأمر والنهي، والدنية مباشرة لفعل، فإن كانت العادة استقاء الماء فعلها، لأن العوائد كالشروط، وحيث أوجبنا عليه الخادم فليس عليه شراؤها، بل يكفيه استئجارها.

فرع

قال: لو أراد ابدال خادمها المألوفة منع نفياً للضرر، ولزمه الانفاق عليها.

(1) كذا.

(2) كذا.

(3) يياض به.

(4) ي: فالشريعة.

فرع

قال: لو كانت هي وهو بحيث يخدمها خادمان فأكثر. قال ابن القاسم: يفرض نفقة خادم واحدة، وقال أيضاً يعطي زكاة الفطر عن خادمين من خدم امرأته، ان كانت ذات قدر لا تكفيها واحدة، قال اصبغ: لو كانت بنت ملكٍ لزيدت الى الخمسين، قال إسحاق بن إبراهيم: انما يكون ما قال اصبغ اذا طالبها بما تكثر الخدمة فيه من احوال الملوك. واما المقصد فخادم واحدة، لأنها كفاية حاله.

فرع

قال: لو كان لها خادم خُيرت بين استخدامها ومطالبته بنفقتها، وبين مطالبته بخادم.

فرع

قال: قال عبد الملك، للسلطان ضم نفقة الولد مع نفقة الأم إلا ان تضربه لفقره، فينفق على ولده لحدته، فإن عَجَزَ سَقَطَ حق الولد بالعجز. النوع الرابع: الكسوة، وفي الجواهر: ما يناسب حاله وحالها، وقال بعضهم: قميص ووقاية على قدرهما في الجودة والدناءة، وتزاد في الشتاء ما يدفع البرد، وقال ابن القاسم: عليه ما يصلح في الشتاء والصيف من قميص، وجبة، وخمار، ومقنعة، ووسادة، وإزار وشبهه مما لا غنى عنه، والسرير عند الحاجة من العقارب والبراغيث، وان كان مثلها يُكسَى القطن، ومثله قادر عليه فُرض، قال أشهب: ومنهم من لو كساها الصوف

أنصف، وأخرى لو كساها الصوف أدب⁽¹⁾ ، قال مالك: ولا يلزمه
الحرير ولو كان يسعه الحال، وأجراه ابن القاسم على ظاهره لعدم الضرورة
إليه، والواجب إنما يتعلق بما لا بد منه، وتأوله القاضي أبو الحسن فحمله
على المدنية، وألزمه في غيرها، لأن كل ما هو محتاج إليه أو ضروري
فرض، وما لا فلا، وكل ما يختص بالأغنياء وضرره خاص بهم فيه،
فقولان مبنيان على أنه ضرر أم لا، وقال (ش): خار وقميص، وسروال
ومكعب⁽²⁾ فيه ، ولا يجب الخف في الصيف، ومثله في الشتاء مع جبة
وملحقة وشعار ومضربة، وميخدة، ولبد، وحصير، والماعون. وقال (ح):
الكسوة على العادة الوسط، والمعتبر حاله دون حالها، ويُفرض مرتين في
السنة، ولا تستحق الخف، لأنها مأمورة بالقرار في بيتها، وتستحق المكعب
للتصرف في المنزل

فرع

في الجواهر: قال عبد الملك: إذا كانت كسوتها من صداقها باقية
لقرب عهد البناء فليس عليه كسوة، وله الاستمتاع به، لأنه العادة في بذل
الصداق، وإن طال الأمد واختلفت الكسوة، أو كانت غير الصداق لقلته
فعليه الكسوة، قال صاحب التلخيص: إذا كان عندها شوار أو شيء
منه لا تجب الكسوة، ولم يفصل، ولم يحك خلافاً.

فرع

في الجواهر: يُجدد ما أخلق من الكسوة.

(1) في النسخة: أدب، ولعلها: آذى.

(2) يياض بالنسخة بقدر كلمة.

فرع

ولا يلزمه الكحل، والحناء، والصباغ، وقال محمد: عليه حنّاء رأسها. قال أبو الوليد: ليس عليه من زينتها إلا ما يُتضرر بتركه، كالكحل والمُشط والدّهْن لمن اعتاد ذلك، لأن تركه مع العادة يفسد الشعر بخلاف الخضاب وغيره.

النوع الخامس: آلة التنظيف، في الجواهر: قال ابن القاسم: ليس عليه مشط ولا مكحلة. قال أبو الوليد: إنما أسقط المكحلة دون الكحل، وعلى هذا يلزمه ما تمشط دون الآلة، وأوجبها (ش).

فرع

قال مالك: ولا تستحق الدواء للمرض، وقاله (ش) لأنه ليس من مصالحه، ولا أجرة الحجامة، وعليه أجرة القابلة، لأنه سبب الحمل عند أصبغ مطلقاً، ووافقه محمد أن كانت المنفعة للولد، أو لها فعلها، أو لها فعلها. قال أبو الوليد، والأظهر قولُ أصبغ.

النوع السادس: في الجواهر: عليه إسكانها ما يليق بها، إما بعارية أو إجارة أو ملك، وقاله الأئمة، واعتبر حاله دون حالها.

الفصل الثاني: في كيفية الإنفاق: وفي الجواهر: أما الطعام فيجب دفعه، وفي دفع ثمنه خلاف معلل بامتناع بيع الطعام قبل قبضه، أو غير معلل فيمتنع، أو معلل بالعينّة فيجوز لعدمها بين الزوجين، ويدفع ثمن ما⁽¹⁾ يطحنه ويصلحه. قال صاحب التيهات تردد بعضُ الشيوخ في

(1) كذا ولعلها: من.

دفع الثمن عن الجميع ومنعه، وقال: هما سواء، ولا يُجبر على دفع ثمن. وله دفعه إلا إن يمتنع من أخذ غير ما فرض لمشقة الشراء.

فرع

في الجواهر: لا يكلفها الأكل معه، وقاله (ش) قياساً على الصداق، وإن نكّلت سَقَطَتْ نفقتها.

فرع

قال: بلغت⁽¹⁾ وفرض النفقة بالزمان على قدر ملأ الزوج، قال في الكتاب: يفرض باليوم ويزاد بقدر الإشباع، قال اللخمي: قال ابن القاسم: يجوز الفرض سنة، ومنعه سحنون لاحتمال حوالة الأسواق، قال: وأرى توسعة المدة مع اليسار، لأن الفرض لا يكون إلا مع المقابحة، ففي تقليله ضرر عليها، وتُفرض الكسوة والطعام والوطاء مرتين في الشتاء والصيف.

فرع

قال اللخمي: لا يقبل قولها في عدم النفقة والكسوة إلا ببينة لأن الأصل بقاؤها، وهي ضامنة عند محمد وابن القاسم، وقيل المصيبة من الزوج قياساً على الصداق الغائب إذا كان عيناً، ولأنه لو لا كساها⁽¹⁾ بغير حاكم لم يضمن، والقضاء لا يغير الأحكام، قال صاحب التسيهات: وظاهر قوله في نفقة ولدها مثله، فإن قامت ببينة بالهلاك فظاهر

(1) كذا.

الكتاب : التضمنين في نفقتها دون نفقة الولد، لأنها لم تنبضها لنفسها، بل مأخوذة بحق كالرهن، وخرج اللخمي سقوط الضمان عنها في نفسها عند البينة.

فرع

قال اللخمي : إن كساها قبل وقت الفرض قيل : حكم مضى⁽¹⁾ كخطأ الحارص، وقال⁽²⁾ : لا، قال : وأرى أن ترجع إلى ما تبين، لأن هذا حقيقة، والأول ظن، ولأن الأمد لو انقضى وهي قائمة لا شيء عليه حتى تبلي.

فرع

قال : إذا طلبت النفقة عند سفره : فلها خمس حالات : إن كانت في العصمة أعطاها نفقة السفر، أو حيلاً بها، أو مطلقة طلاقاً بائناً أو رجعيّاً - وهي حامل - فعليه الأقل من بقية الحمل، أو مدة سفره، أو غير حامل بائن، فلا نفقة لها، فإن طلبت حيلاً خوف الحمل : قال مالك : ليس لها ذلك، لأن الأصل عدمه، وقال أصبغ : لها ذلك لوجود مظنته بالوطيء، قال، والأول أحسن إن كان قيامها بعد حيضة، وإلا أقام حَمِيلاً بأقل مدة الحمل أو السفر، وإن كانت رجعية فعلى قول مالك : الأقل من عدة سفره أو انقضاء العدة، وعلى قول أصبغ : تراعى على مدة الحمل، وإن اتَّهم في طول السفر حَلَفَ أن لا يقيم أكثر من ذلك، أو يقيم حيلاً قال

(1) في النسخة : مغيء .

(2) كذا .

ابن يونس: قال أصنع: إن خُشي طول سفره وخيض الحمل أقام حبيلاً أو يوقف، وفي الكتاب: وأما الحاضر فلا يطالب بكفيل على النفقة، وقاله (ح) وخالفنا فقال: لو استدانت ليس لها مطالبتها⁽¹⁾، لأنها ليس لها عليه ولاية الاستدانة إلا أن يفرضها القاضي بولاية القاضي عليه في ذلك وغيره، قال: ولا يفرض على الغائب لعدم ولايته على الغائب خلافاً لنا في ذلك كله.

فرع

في الكتاب: يباع على الغائب عَرَضُهُ في النفقة ورَبَعُهُ إن لم يكن له عين، ومنع (ح) بيع العرض، قال اللخمي: إنما

هكذا ينتهي مخطوط خزانة ابن يوسف بمراكش مبتوراً

يليه الجزء الخامس وأوله كتاب البيوع :
القسم الأول : اتحاد العين والصفة

(1) كذا، والصواب: مطالبتة.

فهرس الموضوعات

الجزء الرابع

كتاب الإيمان

الصفحة

الموضوع

وفي الكتاب ستة أبواب :

- 6 الباب الأول : في حكمه
- 7 قوله عليه السلام : «أفلح وأبىه إن صدق»
- 7 قاعدة : توحيد الله بالتعظيم ثلاثة أقسام
- 8 الباب الثاني : في الموجب للكفارة وفيه فصلان :
- 8 الفصل الأول : في الصريح والكناية
- 9 فوائد : أمانة الله تعالى تكليفه
- 9 فرع : إذا قال : الإيمان تلزمني
- 10 قواعد : اليمين حقيقته لغة : الحلف على ما تقدم من الخلاف
- 11 فائدة : الموجب للكفارة سبع وعشرون صيغة
- 12 تمهيد : أسماء الله تعالى كلها يجوز الحلف بها
- 13 تنبيه : الألف واللام في اللغة تكون للمهد

- 15 فرع : القائل : إن فعلت كذا فهو يهودي
- 15 فرع : أعزم عليك بالله إلا ما فعلت
- 15 الفصل الثاني : فيما يتعقد ، والإيمان ثلاثة
- 17 الباب الثالث : فيما يوجب تعدد الكفارة واتخاذها
- 19 تمهيد : يقع التداخل في الشريعة في ستة مواضع
- 21 الباب الرابع : في الاستثناء وها هنا بحثان
- 21 البحث الأول : في الاستثناء الحقيقي
- 22 البحث الثاني : في الاستثناء المجازي
- 25 الباب الخامس : في مدارك البر والحنث ، وهي أربعة عشر مدركاً :
- 25 المدرك الأول : النية
- 26 تنبيه : يسأل الخالف باللفظ العام
- 27 المدرك الثاني : السبب المثير لليمين
- 27 — المدرك الثالث : العرف
- 29 نظائر : المححوت أربعة
- 29 المدرك الرابع : مقتضى اللفظة للغة
- 31 قاعدة : الاستثناء من النفي إثبات
- 32 تفاريع اثنا عشر : الأول : الخالف لا يلبس هذا الثوب فيقطعه
- 32 الثاني : الخالف لا يركب دابة فلان فيركب دابة عبده
- 33 الثالث : الخالف لا ثوب له وله ثوب مرهون
- 33 الرابع : الخالف : ليقضينه حقه . فوجد فيه نقصاً بعد قضائه
- 33 الخامس : الخالف لا يفارق غريمه
- 33 السادس : الخالف ليبين عبده إلى أجل
- 34 السابع : لامرأته لا قبلتك أو ضاجعتك
- 34 الثامن : الخالف ليقضينه رأس الشهر
- 36 التاسع : الخالف لا يشتري أكثر من عشرة
- 37 العاشر : إذا حلف عبد ليقضين غريمة

- 37 الحادي عشر : الخالف لأقضيته غداً الجمعة
- 39 الثاني عشر : الخالف ليقضيه صدرأ من حقه
- 39 المدرك الخامس : كون المحلوف عليه مخالفاً للشرع
- 39 المدرك السادس : العزم على عدم الفعل
- 40 المدرك السابع : تنزيل بعض المحلوف عليه
- 43 المدرك الثامن : تعارض المقاصد
- 44 المدرك التاسع : تعارض المقصود من الشيء
- 48 فرع : الخالف لا يأكل خبزاً وإداماً
- 50 فرع : لو انتقل المحلوف عليه إلى ما ليس معداً له
- 52 فرع : الخالف الا يتسرى بامرأته
- 53 المدرك العاشر : النظر على التمادي على الفعل
- 54 المدرك الحادي عشر : ما يعد عذراً
- 55 قاعدة : المانع متى كان عقلياً أو شرعياً
- 55 المدرك الثاني عشر : تنزيل الوكيل منزلة الموكل
- 56 المدرك الثالث عشر : تعذر المحلوف عليه
- 58 المدرك الرابع عشر : النية
- 61 الباب السادس : الكفارة وفيه ثلاثة فصول :
- 62 الفصل الأول : في أنواعها ، وهي أربعة :
- 62 النوع الأول : الإطعام
- 63 النوع الثاني : الكسوة
- 64 النوع الثالث : العتق
- 65 النوع الرابع : الصيام
- 66 الفصل الثاني : في أحكامها ، وهي أربعة :
- 68 الحكم الأول : تقديمها قبل الحنث
- 68 الحكم الثاني : لا يجوز أن يطعم جملة الطعام لمسكين واحد
- 68 الحكم الثالث : تلفيقها
- 69 الحكم الرابع : إجزاء التكفير عن الغير

كتاب النذر

وفي ثلاثة أبواب :

- الباب الأول : في الملتزم 72
- الباب الثاني : في الملتزم 72
- فرع : إن التزم تصريح ما ليس بحرام ... لا كفارة عليه 73
- فرع إذا نذرت المرأة المشي إلى بيت الله ... الزوج منعها 75
- فرع : القائل علي المشي إلى بيت الله إلا إن يدولي 77
- فرع : ناذر المشي حافياً يتعل 79
- فرع : الناذر من المشي ما لا يبلغه عمره ... يمشي ما قدر عليه 83
- فرع : إذا نوى بحجه فرضه ونذره أجزأه 84
- النوع الثاني : إتيان المساجد 84
- قاعدة : النذر لا يؤثر إلا في مندوب 85
- النوع الثالث : الهدايا 86
- النوع الرابع : الضحايا 89
- النوع الخامس : الرباط 89
- النوع السادس : الصدقة 89
- فرع : إذا أخرج الثلث أنفق عليه من عنده كالزكاة 90
- فرع : إن حنث مرة أخرى قبل إخراج الثلث أخرج الثلث 91
- النوع السابع : الصوم . الناذر الصوم يلزمه الصوم 92
- الباب الثالث : في صيغ الالتزام 95
- قاعدة : الأحكام الشرعية قسمان : 96
- فرع : النذر إما مندوب ... أو مكروه 96

كتاب الأطعمة

وفيه بابان :

- 97 الباب الأول : فيما يباح للمختار
- 98 فرع : إذا مات الطير
- 99 فرع : إذا اشترى حوتاً فوجد فيه جوهرة
- فروع خمسة :
- 99 الأول : السباع
- 101 الثاني : ذوات الحافر المفانسة
- 101 الثالث : ما اختلف في أنه ممسوخ
- 102 الرابع : الحيوانات المستقدرة
- 105 الخامس : الطير
- 106 فرع : لبن الأدميات
- 106 فرع : تحريم الدم بقيد كونه مسفوحاً
- 107 فرع : نقطة دم في صفار البيض
- 107 فرع : الفرج الميت في البيض
- 107 فرع : أواني أهل الكتاب
- 109 الباب الثاني : في الاضطرار وفيه ثلاثة مباحث :
- 109 المبحث الأول : في حد الضرورة
- 111 فرع : سبب الاضطرار معصية
- 110 للمبحث الثاني : جنس المستباح
- 111 فروع خمسة : الأول : الواجد لطعام غير مضطر
- 111 الثاني : إن وجد الميتة وطعام الغير
- 111 الثالث : يقدم المحرم على الميتة

- الرباع : يقدم الميتة على الخنزير 112
الخامس : لا يتداوى بخمر 112

كتاب الأشربة

- قاعدة : المرقدات تغيب العقل ولا يحد شاربها 116
فروع سبعة : الأول : عصير العنب ونقيع الزبيب 117
الثاني : كره الانتباز في الدباء 118
الثالث : تباح السوية والفقاع 118
الرابع : إذا ملك المسلم خمرأ : 118
قاعدة : أسباب الطهارة ثلاثة : 119
الخامس : من وجدت عنده خمر من المسلمين 119
السادس : المسلم يتسلف من الذمي ثمن الخمر 120
السابع : لا يؤاجر في عمل الخمر 121

كتاب الذبائح

- النظر الأول : في المذكي 122
تنبيه : الكراهة تحمل على التحريم 124
فرع : لا تؤكل ذبيحة الغلام 124
النظر الثاني : في المذكي 125
تنبيه : الحاق الحمر بالسباع 125
فرع : لا يصلى على جلد حمار 127
فرع : تصح ذكاة المريضة 127
فرع : المنخنقة والموقودة 128
فرع : الجنين إذا لم تجر فيه حياة 129
فرع : الدابة التي لا يؤكل لحمها 130
النظر الثالث : في المذكي به 131
النظر الرابع : في صفة الذكاة 132

| | |
|-----|-----------------------------------|
| 134 | نظائر أربع : |
| 135 | فرع : لو استأجر رجل على الذبح |
| 136 | تفريع : لو نحررت الإبل بغير ضرورة |
| 137 | فرع : الجوزة التي في رأس الحلقوم |
| 137 | فرع : من شرط الذكاة : الفور |
| 138 | فرع : إذا تعادى حتى قطع الرأس |
| 138 | فرع : لا تسلخ الشاة حتى تموت |

كتاب الأضحية

| | |
|-----|---|
| 140 | النظر الأول : في مشروعيتهما |
| 141 | فرع : يستحب المضحي ألا يقص شعره |
| 142 | فرع : من ولد يوم النحر |
| 142 | فرع : لا يؤمر بها من تجحف بما له |
| 142 | فرع : للغزاة أن يضحوا من غنم الروم |
| 142 | النظر الثاني : فيما يجزئ منها ... وفيه ثلاثة فصول : |
| 142 | الفصل الأول : يختص بالنعيم |
| 144 | فرع : المتولد بين الانعام |
| 145 | الفصل الثاني : في سننها |
| 146 | الفصل الثالث : في صفتها |
| 149 | النظر الثالث : في زمانها |
| 151 | النظر الرابع : في أحكامها وهي قسمان |
| 151 | - القسم الأول : قبل الذبح ، وهي سبعة أحكام : |
| 151 | الحكم الأول : تعيينها |
| 152 | الحكم الثاني : الاشتراك فيها |
| 154 | الحكم الثالث : نسلها وغلتها |
| 154 | الحكم الرابع : التعدى عليها |
| 155 | الحكم الخامس : موته قبلها |

| | |
|-----|--|
| 155 | الحكم السادس : مباشرة ذبحها |
| 156 | فرع : لو ذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه خطأ |
| 156 | فرع : لو نوى الوكيل عن نفسه أجزأت صاحبها |
| 156 | الحكم السابع : اختلاطها |
| 156 | - القسم الثاني : بعد الذبح ، وهي أربعة : |
| 156 | الحكم الأول : لا يباع منها شيئاً |
| 157 | فرع : منع إجارة جلدھا |
| 157 | فرع : إن وهب جلدھا |
| 158 | فرع : الضأن يوم التروية |
| 158 | الحكم الثاني : اختلاطها بعد الذبح |
| 158 | الحكم الثالث : ما يصنع بها بعد الذبح |
| 159 | الحكم الرابع : موته بعد ذبحها |
| 160 | فرع : الذبيح إسحاق |

كتاب الحقيقة

| | |
|-----|-------------------------------|
| 166 | فرع : الذبيح للأضحية والعقيقة |
| 166 | فرع : الختان سنة مؤكدة |

كتاب الصيد

وفيه أربعة فصول :

| | |
|-----|----------------------------|
| 169 | الفصل الأول : في الصائد |
| 170 | الفصل الثاني : في المصيبة |
| 174 | فرع : لو غصب كلباً فصاد به |
| 175 | فرع : موضع ناب الكلب يؤكل |
| 175 | فرع : اتخاذ برجة الحمام |
| 176 | فرع : من قتل كلب صيد |
| 177 | الفصل الثالث : في المصيد |

| | |
|-----|---|
| 177 | الفصل الرابع : في فعل الصائد |
| 178 | نظائر : أربع مسائل أسقط مالك فيها الوجوب |
| 179 | تفريع : إذا توارى الكلب والصيد ثم وجد ميتاً |
| 181 | فرع : المرسل كلبه على صيد فيأخذ غيره |
| 182 | فرع : المرسل كلبه على صيد ثم يرجع ثم يعود |
| 183 | فرع : إذا قطع رأس صيد أكل |
| 184 | فرع : إذا شحت الصيد فمات من الإنهار |
| 184 | فرع : لو رمى صيداً في الهواء فسقط في الماء |
| 184 | فرع : إذا رمى غزالاً يظنه بقر وحشي |
| 185 | فرع : إذا أرسل مسلم ومجوسي |
| 186 | فرع : إذا ند الصيد المملوك بصيد |
| 187 | فرع : من صاد ظبياً في أذنه قرطان |

كتاب النكاح

| | |
|-----|------------------------------------|
| 190 | فرع : النكاح مندوب إليه |
| 191 | تنحصر مقاصد الكتاب في ثلاث مقدمات |
| 191 | المقدمة الأولى : ينظر إلى المخطوبة |
| 191 | المقدمة الثانية : الخطبة مستحبة |
| 192 | فرع : لا بأس بالهدية |
| 193 | فرع : إن تزوجها في العدة |
| 194 | فرع : إن تزوجها وولدت من زنا |
| 195 | فرع : إن واعد في العدة |
| 196 | فرع : الرجعية تنزوج في العدة |
| 196 | فرع : إن طلقها البتة ثم تزوجها |
| 197 | فرع : لو تزوجها في عدتها مجوسياً |
| 197 | فرع : تستحب الخطبة عند الخطبة |
| 198 | فرع : جواز الغيبة |

| | |
|-----|---|
| 198 | فرع : إذا تزوجها في عدتها جاهلاً |
| 198 | المقدمة الثالثة : تحرم الخطبة على خطبة الغير |
| 199 | فرع : لو اقترح النهي أدب |
| 201 | الباب الأول : في أقطاب العقد ، وهي خمسة : |
| 201 | القطب الأول : العاقد |
| 202 | تفريع : لا تكون ولياً على المرأة |
| | أهلية العقد : وفيه فصلان : |
| 203 | الأول : الزوج . . . ويشترط فيه شروط للصحة وشروط للاستقرار |
| 203 | شروط الصحة : أربعة : |
| 204 | شروط الاستقرار : خمسة |
| 204 | الشرط الأول : الحرية |
| 205 | فرع : للعبد زواج أربع |
| 206 | الشرط الثاني : البلوغ |
| 206 | الشرط الثالث : الرشد |
| 207 | قاعدة : السفية لا تنفذ تصرفاته |
| 208 | الشرط الرابع : الصحة |
| 210 | فرع : لو نكح تفويضاً |
| 210 | فرع : إذا تزوج بإذن ورثته |
| 211 | فرع : إذا غصب المريض امرأة |
| 211 | فرع : الإقذار بالنكاح في المرض |
| 211 | الشرط الخامس : الكفاءة |
| | كما نحن فنعتبر فيه خمسة أوصاف : |
| 213 | الوصف الأول : الدين |
| 213 | الوصف الثاني : الحرية |
| 214 | الوصف الثالث : النسب |
| 214 | الوصف الرابع : كمال الخلقة |
| 215 | الوصف الخامس : المال |

- 215 فرع : إذا رضي الولي بعبد
- 216 الفصل الثاني : في الولاية ... وفيه ثمانية أبحاث :
- 217 البحث الأول : في الأسباب المتقدمة لها ... وهي تسعة :
- 217 السبب الأول : الأبوة
- 218 تفرع : يجوز تزويج الصغيرة بأقل من مهر المثل
- 219 فرع : إذا التمس الشيب البالغ التزويج
- 219 تفرع : للأب إنكاح صغير الذكور
- 220 فرع : إذا زوج ابنة الكبير غائباً
- 220 فرع : إذا زوجها غير أبيها
- 221 فرع : إذا مات الأب فادعت أنها يتيمة
- 221 فرع : إذا اشترط على الصغير شروط فأجازها وليه
- 221 فرع : إذا صرح بعدم النفقة
- 222 فرع : إذا زوجه أبوه ولا مال له
- 222 فرع : إذا بلغ الغلام ذهب حيث شاء
- 223 السبب الثاني : في خلافة الأبوة
- 225 فرع : الوصي إنكاح إماء اليتامى
- 226 السبب الثالث : العصبية
- 227 تفرع : لا تعتبر ولاية العصبية إلا في البالغة
- 228 فرع : إذا تقدم العقد على الإذن
- 228 فرع : لا يجوز تزويج اليتيمة المميزه كارهة
- 229 فرع : إذا أذنت لولي فزوجها
- 229 فرع : إذا أنكرت الرضا والعلم
- 230 فرع : أذنت لوليها بشروط
- 230 فرع : إذا قالت : زوجني ممن أحببت
- 230 فرع : البلوغ المعتبر
- 232 فرع : إن زوجها أجنبي وطلقها الزوج قبل العلم
- 233 فرع : تزويج أم الولد
- 233 فرع : إذا باشرت الأمة العقد بنفسها

- 234 فرع : إذا زوج عبده فالمهر في ذمة العبد .
- 235 فرع : إذا اشترت الحرة زوجها .
- 235 فرع : إذا أعتق سيد الأمة وولد الزوج .
- 236 فرع : للسيد تزويج أمة العبد .
- 236 فرع : إذا اشترت الأمة زوجها .
- 236 فرع : من أتزوج أمة رجل بغير إذنه .
- 237 فرع : لا تزوج أمة بين رجلين إلا بإذنهما .
- 238 فرع : لا يطلق السيد على عبده إذا عقد بإذنه .
- 238 فرع : لا يطل استخدام الدقيق بالزواج .
- 239 فرع : مهر الأمة من جملة ما لها .
- 239 فرع : إذا باعها لم ينفسخ النكاح .
- 240 فرع : لو زوج عبده من أمته .
- 240 فرع : لو أعتق أمته على أن يتزوج بها .
- 240 فرع : لو زوجها السيد تفويضاً .
- 240 السبب السابع والثامن : الكفالة والالتقاط .
- 240 السبب التاسع : الإسلام .
- 242 فرع : إذا أطلق الزوج قبل الإجازة .
- 242 البحث الثاني : في موانعها . وهي سبعة .
- 242 المانع الأول : اختلاف الدين .
- 243 فرع : إذا تزوج الحربي ذمية .
- 243 المانع الثاني : الرق .
- 244 المانع الثالث : ما يقدر في النظر .
- 244 المانع الرابع : السفه .
- 244 تفريع : للولي الإجازة والرد .
- 245 المانع الخامس : الفسق .
- 245 المانع السادس : غيبة الولي .
- 246 المانع السابع : الإحرام .
- 246 البحث الثالث : في ترتيب الأولياء .

- 248 البحث الرابع : تزويج الأبعد مع وجود الأقرب
- 249 فرع : إن أعتق أم ولده وزوجها من نفسه
- 249 البحث الخامس : تولى طرفي العقد
- 250 البحث السادس : في توكيل الولي والزوج
- 250 تفريع : إذا زوجه بغير أمره
- 252 فرع : لا يجوز أن يجعل الوكيل جُعلاً للولي
- 252 البحث السابع : فيما يجب على الولي
- 252 فرع : إذا خطب من الولي المجبر إحدى ابنتيه
- 252 البحث الثامن : في تزويج الوليين من رجلين
- 254 فرع : لو ماتت المرأة بعد تعيين المستحق لها
- 255 فرع : إذا دعي كل واحد منهما أنه الأول
- 255 فرع : تحرم على آباءه وأجداده
- 256 فرع : من طلق امرأته الأمة فراجعها في سفره
- 256 القطب الثاني : المعقود عليها
- الموانع الشرعية :
- 257 المانع الأول : النسب
- 259 فرع : ولد الزنا محرم على أمه
- 259 فرع : المنفية باللعان لا تحل
- 259 المانع الثاني : الظهارة
- 260 قاعدة : الوسائل تتبع المقاصد في أحكامها
- 261 قاعدة : لما دلت النصوص على تحريم أمهات النساء والحرائر حمل على العقد
- 262 قاعدة : إذا تزوج امرأة ولم يدخل بها وماتت
- 264 تفريع : الجدات كالأمهات
- 266 فرع : إن مات ولم تعلم الأولى
- 268 فرع : تحرم امرأة الجد للأُم
- 269 فرع : إذا تزوج الإبن امرأة فقال الأب : كنت تزوجتها
- 269 فرع : إذا زوج امرأته من غلامه
- 270 المانع الثالث : الرضاع وفيه خمسة فصول

| | |
|-----|--|
| 270 | الفصل الأول : في المرضعة |
| 270 | فرع : تجبر ذات الزوج على رضاع ولدها |
| 272 | فرع : إذا طلقها ليس لها طرح ولدها من حينه |
| 272 | فرع : إذا قدم الأب أجرة رضاع سنة |
| 272 | الفصل الثاني : الموضع |
| 272 | الفصل الثالث : اللبن الموضع |
| 273 | فرع : إذا تزوجت فولدت |
| 274 | فرع : ليس من شرطه عدد رضعات |
| 275 | فرع : لا ينهى عن الغيلة |
| 275 | فرع : إذا درت ما لا يحرم |
| 276 | فرع : إذا استهلك اللبن |
| 277 | فرع : كره اللبن المجوسية |
| 277 | الفصل الرابع : في إثباته |
| 279 | نظائر : يشهد بالسماع في أربعة عشر موضعاً |
| 279 | الفصل الخامس : فيمن يحرم منه |
| 280 | تفريع : إذا أرضعت صبياً بعد فطام |
| 281 | فرع : لو مات الزوج قبل اختياره |
| 282 | فرع : إذا تزوج كبيرة ورضيعتين في عقد |
| 282 | فرع : لو تزوجت المطلقة صغيراً فأرضعته |
| 283 | فرع : تحته امرأتان أرضعت الكبيرة الصغيرة |
| 284 | الماتع الرابع : اللعان وفيه ستة بحوث |
| 284 | البحث الأول : في الأسباب المبيحة للقذف |
| 284 | السبب الأول : الرفع عن النسب |
| 285 | فرع : القيام بالولد على الفور عند العلم به |
| 285 | فرع : يحتاج إلى اللعان إذا أمكن أن يكون الولد من الزوج |
| 286 | فرع : إذا أقر بحملها ثم ادعى رؤية الزنا |
| 286 | فرع : إذا ماتت في غيبته بعد الولادة |
| 286 | السبب الثاني : التشفي باتفراده |

| | |
|-----|--|
| 287 | السبب الثالث : دفع العقوبة عن نفسه |
| 287 | السبب الثالث : في القذف الموجب لللعان |
| 288 | قاعدة : الحصانة لا تعود بالعدالة |
| 289 | فرع : إن قذفها أجنبية ثم زوجها |
| 289 | فرع : إذا قذفها وقد كانت غصب |
| 290 | فرع : إذا أنكر حمل امرأته قبل البناء ثم مات |
| 291 | فرع : إذا قال لم أجذك عنراء |
| 292 | فرع : لا يمنع إقامة البينة على القذف من اللعان |
| 292 | فرع : ويكفى نسبتها لوط حرام |
| 293 | فرع : إذا ادعت القذف فأنكر |
| 293 | فرع : إذا لاعن الكتابية ينفي الحمل |
| 294 | فرع : لو امتنع من اللعان |
| 294 | فرع : إذا قال : زنيته وأنت صغيرة |
| 294 | فرع : إذا مات الولد فله اللعان |
| 294 | البحث الثالث : في الملاعن وله شرطان : |
| 294 | الأول : أهلية اليمين |
| 295 | الثاني : الزوجية |
| 296 | فرع : إذا وجد مع امرأته رجلاً فقتله |
| 297 | فرع : إذا رماها بالزنا فأقرت به |
| 297 | البحث الرابع : في الملاعنة |
| 298 | فرع : إذا توافق الكتابيون بحكمنا في اللعان |
| 299 | فرع : إذا أتت المنكوحة في العدة بولد |
| 300 | قاعدة : الولد يتحرك لمثل ما يخلق فيه |
| 301 | فرع : لا تلاعن الحائض والنفساء |
| 301 | فرع : إذا أقر بوطء أمته لحق به ولدها |
| 302 | نظائر : المتردد بين الشهادة والخبر سيع |
| 304 | البحث الخامس : في صفات اللعان |
| 306 | فرع : إذا برئت المرأة لا يعاد اللعان |

- 306 فرع : يوجب النكول حد القذف عليه
- 306 فرع : إذا ماتت قبل كمال لعانها
- 307 البحث السادس : في ثمرته
- 308 فرع : إذا تزوج أمة ثم لاعنها
- 309 فرع : إذا جنى على الجنين بعد نفيه باللعان
- 310 فرع : إذا لاعن بالرؤية
- 310 فرع : للملاعنة السكنى دون المتعة
- 310 المانع الخامس : وطء من لا يجوز الجمع بينها
- 313 فرع : إن ادعى اعترافها بانقضاء العدة
- 314 فرع : يحرم النظر بلذة
- 314 فرع : إذا تزوج أخت على أخت
- 314 المانع السادس : حصول أربع في العصمة
- 315 فرع : إذا كانت إحدى الأربع بدار الحرب
- 316 المانع السابع : استيفاء عدد الطلاق
- 317 تفريع : إذا لم يحتلم وهو يقوى على الوطء
- 318 فرع : إذا ادعت الوطء وأنكره لا يحد
- 320 قاعدة : كل متكلم له عرف في لفظه
- 322 المانع الثامن : الكفر وفيه خمسة فصول :
- 322 الفصل الأول : فيما يحل
- 323 فرع : توطأ الأمة المجوسية
- 324 فرع : الولد تبع للوالد
- 334 فرع : لو مات أبو المراهق
- 325 الفصل الثاني : في انكحتهم
- 326 الفصل الثالث : في إسلامهم وفيه أربعة أبحاث :
- 326 البحث الأول : فيما يثبت من عقودهم
- 328 فرع : إذا أسلم مجوسي وتحت مجوسية
- 329 فرع : إذا أسلمت قبل البناء تحت مجوسي
- 331 فرع : إذا قدام بأمان فأسلم

| | |
|-----|--|
| 332 | البحث الثاني : في النفقة والسكنى |
| 332 | البحث الثالث : في اختياره من العدد |
| 334 | فرع : إذا أسلم عن أم وابنتها |
| 334 | فرع : إذا أسلمك أربعاً فوجدن أخوات |
| 335 | الفصل الرابع : في الردة |
| 336 | فرع : إذا ادعى ردتها فأنكرت |
| 336 | فرع : لو تنصر يهودي |
| 336 | فرع : إذا تزوج المرتد في رده |
| 337 | فرع : إذا رجع إلى الإسلام |
| 338 | فرع : إذا ارتاب في امرأة |
| 339 | فرع : اختلف في ولد المرتد |
| 339 | الفصل الخامس : في السبي |
| 340 | فرع : إذا باع بدار الحرب رقيقاً |
| 340 | فرع : لو أسلم الزوج بدار الحرب |
| 341 | قاعدة : كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يشرع |
| 341 | قاعدة : مقصود الزوجية |
| 342 | تفريع : إذا اشترت الزوجة زوجها بعد البناء |
| 343 | فرع : إذا اشترى أمة من أبيه |
| 344 | المانع العاشر : الرق في بعض الحالات |
| 345 | فرع : لو هوى أمة يعينها وخشي من الزنا معها |
| 346 | قاعدة : الموانع الشرعية ثلاثة أقسام : |
| 346 | فرع : إذا تزوج أمته على أن ما تلده حر |
| 347 | فرع : إذا تزوج أمة بشروطها فلم تغنه |
| 347 | فرع : لا تتزوج حرة على أمة |
| 348 | فرع : إذا تزوج الأمة والحرة في عقد |
| 349 | المانع الحادي عشر : كونها أمة للابن |
| 349 | المانع الثاني عشر : كونها أم السيد |
| 349 | المانع الثالث عشر : الإحرام |

| | |
|-----|--|
| 349 | المنع الرابع عشر : المرض |
| 349 | القسط الثالث : المعقودية |
| 351 | فرع : إذا تزوجها بغير صداق |
| 352 | فرع : إذا تزوج بدرهمين |
| | وفي الصداق نظرات : |
| 352 | النظر الأول : في الصحيح وفيه أربعة عشر فصلاً |
| 352 | الفصل الأول : فيما يجوز فيه من الضرر |
| 354 | قاعدة : الغرر والجهالة ثلاثة أقسام |
| 354 | قاعدة : العقود ثلاثة أقسام |
| 355 | الفصل الثاني : في ضمانه |
| 356 | فرع : إذا زوج اليتيمة البكر وليها بأمرها |
| 357 | فرع : إذا أقر في مرضه يقبض صداق ابنته |
| 357 | فرع : إذا قبض السيد الصداق ثم فلس |
| 358 | فرع : إذا قبضته في النكاح الفاسد |
| 358 | الفصل الثالث : في هبته |
| 360 | فرع : إن تزوجته على أن يهب عبده لفلان |
| 360 | فرع : من تزوج بكرًا بمائة فأعطتها من عندها |
| 360 | الفصل الرابع : في التغيرات الواردة عليه : |
| 362 | فرع : إذا تزوجها بعبد معين فكان حراً |
| 363 | الفصل الخامس : في التصرفات فيه |
| 364 | فرع : لو اشترت بالعين الجهاز المعروف فتلف |
| 365 | الفصل السادس : في زيادة الزوج بعد التقرير |
| 367 | الفصل السابع : في التفويض |
| 369 | فرع : إذا رضيت الثيب بأقل من صداق مثلها |
| 369 | فرع : إذا رضيت السفية بدون صداق المثل |
| 370 | فرع : إذا تزوجها على حكمه |
| 370 | فرع : الوطء في النكاح الفاسد |
| 371 | الفصل الثامن : في العفو عنه |

| | |
|-----|---|
| 373 | الفصل التاسع : في التسليم |
| 375 | الفصل العاشر : في الخلوة |
| 377 | فرع : إذا دخل بها غضباً |
| 377 | فرع : إذا افضاها بيده |
| 378 | فرع : إن قال إذا تزوجتك فأنت طالق |
| 378 | فرع : إن دخل بها محرمة أو حائضاً |
| 378 | الفصل الحادي عشر : في التقرير |
| 379 | الفصل الثاني عشر : في التشطير |
| 379 | الفصل الثالث عشر : فيما يوجب سقوطه |
| 380 | الفصل الرابع عشر : في التنازع فيه |
| 382 | فرع : إن أخذت بالصدّاق رهناً وسلمته |
| 382 | فرع : إذ أخذت حميلاً وأقرت بالفيض |
| 383 | فرع : إن ادعت ألفين بعقدين |
| 384 | النظر الثاني : في الصدّاق الفاسد وله سبعة أسباب |
| 384 | السبب الأول : الشغار |
| 385 | السبب الثاني : كونه مما لا يجوز بيعه لعينه كالخمر |
| 386 | فرع : إذا تزوجها بمغضوب ماله |
| 387 | فرع : إذا كان الصدّاق مؤجلاً لموت |
| 388 | فرع : لا يجوز على حميل تعيينه غائب |
| 388 | فرع : إذا جعل عتقها صدّاقها |
| 389 | فرع : إن تزوجها بمال حرام |
| 390 | فرع : إذا تزوجها على خل فوجد خمرأ |
| 390 | السبب الثالث : كونه منافع الزوج |
| 391 | السبب الرابع : تفريق الصفة |
| 392 | السبب الخامس : الشرط |
| 394 | السبب السادس : أن يتضمن إثباته رفعه |
| 394 | السبب السابع : مخالفة الأمر فيما يسمى |
| 395 | فرع : إذا انكل |

| | |
|-----|--|
| 396 | القطب الرابع : العقد نفسه وفيه تسعة فصول |
| 396 | الفصل الأول : في صيغته |
| 397 | قاعدة : كل حكم شرعي لا بد له من سبب شرعي |
| 398 | الفصل الثاني : في الإشهاد عليه |
| 400 | الفصل الثالث : في إظهاره |
| 401 | الفصل الرابع : في لزومه |
| 402 | فرع : إذا قال : إذا مضى شهر تزوجتك |
| 403 | الفصل الخامس : في هذله |
| 404 | الفصل السادس : في توقيته |
| 405 | الفصل السابع : فيما يقترن به من شروط وهي ثلاثة أقسام : |
| 406 | فرع : إذا جعل أمر كل امرأة يتزوجها بيدها |
| 406 | فرع : إن اشترطت في العقد أن يطلق امرأته |
| 406 | فرع : إذا زوج أمته على أن أول ولد تلده حر |
| 408 | فرع : إذا اشترط عليه النفقة على ابنها الصغير |
| 409 | فرع : إذا قال : إن أخرجتك من بلدك فأمرك بيدك |
| 409 | فرع : إذا تزوجها وبني بها ومعها ابنة صغيرة |
| 410 | فرع : إن شرطت عليه يوم يدخل عليها |
| 411 | فرع : كل ما اشترطه الأب على ابنه الصغير لازم له عند الكبير |
| 413 | الفصل التاسع : في تداعيه |
| 414 | فرع : تكشف البكر للشهود على رؤيتها عند العقد |
| 414 | فرع : إذا قامت البينة على إقراره بالزوجة في حياته |
| 415 | فرع : إذا ادعت الثلاث وهي بائنة منه |
| 416 | القطب الخامس : في مقتضاه ... وفيه فصلان : |
| 416 | الفصل الأول : فيما يباح من الزوجة |
| 418 | فرع : لا بأس أن يكلم الرجل امرأته عند الجماع |
| 418 | الفصل الثاني : في العزل |
| 419 | الباب الثاني : في أسباب الخيار وهي ثلاثة |

| | |
|-----|---|
| 419 | السبب الأول : العيوب وفيه فصلان : |
| 419 | الفصل الأول : في عيوب النساء وفيه نظران : |
| 419 | النظر الأول : في الموجب |
| 420 | فرع : ترد إذا اطلع أن أحد الأبوين كذلك |
| 421 | فرع : يردها إذا وجدها عذيوطة |
| 422 | فرع : إذا كذبت في داء الفرج صدقت |
| 423 | فرع : ما حدث بعد العقد |
| 424 | فرع : إن ادعى الأب حدوثه بعد العقد |
| 424 | فرع : إن علم بعيها ثم دخل فلا خيار له |
| 425 | النظر الثاني : في الموجب |
| 426 | فرع : إذا زوّج الأخ البكر بإذن الأب |
| 427 | فرع : إذا رجع بالصدّاق لا يلزمه أخذ ما اشترته |
| 427 | فرع : إذا غرّ الولي فزوج في العدة |
| 428 | الفصل الثاني : في عيوب الرجال |
| 429 | فرع : لو اختلفا في العنة فالقول قوله |
| 431 | فرع : ولا يضرب الأجل إلا لمن يرجى |
| 431 | فرع : إذا ادعت العيب وأنكر |
| 432 | فرع : إذا حدث بالزوج جنون بعد النكاح |
| 433 | فرع : إذا فرق بين العنين وامرأته |
| 433 | فرع : من سرمد العبادة وترك الوطاء |
| 434 | السبب الثاني : الغرور وفيه نظران : |
| 434 | النظر الأول : في حكمه |
| 435 | فرع : إذا أخبره رجل أنها حرة |
| 436 | فرع : لو غرّ عبده حرة |
| 436 | النظر الثاني : في الولد |
| 436 | فرع : إن قتل فأخذ أبوه دينه حراً |
| 437 | فرع : إذا استحققت وفي بطنها جنين |
| 437 | فرع : إذا استحققت بعد موت زوجها معلماً |

- 438 فرع : لو استحق الأمة عم الولد
- 438 فرع : إذا اغرمت أم الولد فلسيدها
- 439 فرع : في ولد المدبرة القيمة
- 440 فرع : ولد العبد المغرور رقيق لسيدها
- 441 السبب الثالث : العتق
- 442 فرع : إذا عتقت ثم عتق الزوج بتلاً
- 443 فرع : فإن اختارت قبل البناء فلا صداق لها
- 443 فرع : اختيارها طلاق لا فسخ
- 444 فرع : يؤخر اختيارها عن زمن الحيض
- 444 فرع : يبطل خيارها بالتصریح بالإسقاط
- 445 فرع : إذا عتقت وهو غائب فاختارت
- 445 فرع : فإن اختلف في الميسس وأنكرت الخلوة
- 445 فرع : فإن عتقت قبل البناء
- 446 الباب الثالث : في التوابع . وهي ستة :
- 446 التابع الأول : تمييز الفسخ بطلاق أو بغيره
- 448 فرع : الذي يفسخ مطلقاً
- 448 التابع الثاني : المتعة
- 449 تفريع : هل لكل امرأة اختار الزوج طلاقها
- 450 فرع : مقدارها موكول إلى اختياره
- 450 فرع : اختلف في المطلقة قبل الدخول
- 450 فرع : إن بان ، هل تجب للورثة
- 450 التابع الثالث : الوليمة والمهر
- 453 فرع : لا تجب الإجابة لأجل الصوم
- 453 فرع : يكره نثر السكر واللوز وشبهه
- 454 التابع الرابع : القسم بين النساء وفيه خمسة فصول :
- 454 الفصل الأول : فيمن يستحق القسم
- 456 فرع : إذا سافرت إحداهن مدة لم تحاسبه

| | |
|-----|--|
| 457 | فرع : إذا قدم من سفره نهراً |
| 458 | قاعدة : كل حق تعين سببه نفذ التصديق فيه |
| 459 | فرع : لا يلزمه قبول الهبة |
| 459 | الفصل الثاني : في زمان القسم : |
| 460 | فرع : اختلف في بيعها اليوم وشبهه |
| 460 | الفصل الثالث : في مقام القسم |
| 461 | الفصل الرابع : في التفاضل ، وله أسباب : |
| 461 | السبب الأول : تجدد النكاح |
| 462 | فرع : لا يتخلف العروس عن الجمعة والجماعات |
| 463 | فرع : إذا زفت إليه امرأتان في ليلة |
| 463 | فرع : لو التمسث الثيب الزيادة |
| 463 | السبب الثاني : الحرية : |
| 464 | الفصل الخامس : في السفر بهن |
| 465 | التابع الخامس : النفقة ... ولها أسباب ثلاث |
| 465 | السبب الأول : النكاح ... وفيه فصول : |
| 465 | الفصل الأول : في أنواع الواجب وهي ستة : |
| 465 | النوع الأول : الطعام |
| 466 | النوع الثاني : الإدام |
| 467 | النوع الثالث : نفقة الخادم |
| 468 | فرع : للسلطان ضم نفقة الولد مع نفقة الأم |
| 468 | النوع الرابع : الكسوة |
| 469 | فرع : إذا كانت كسوتها من صداقها |
| 469 | فرع : يجدد ما أخلق من الكسوة |
| 470 | فرع : ولا يلزمه الكحل والحناء |
| 470 | النوع الخامس : آلة التنظيف |
| 470 | فرع : ولا تستحق الدواء للمرض |
| 470 | النوع السادس : عليه إسكانها |

| | |
|-----|---|
| 470 | الفصل الثاني : في كيفية الإنفاق |
| 471 | فرع : لا يكلفها الأكل معه |
| 471 | فرع : فرض النفقة على قدر ملاء الزوج |
| 471 | فرع : لا يقبل قولها في عدم النفقة والكسوة إلا بيينة |
| 472 | فرع : إن كساها قبل وقت الفرض |
| 472 | فرع : إذا طلبت النفقة عند سفره |
| 473 | فرع : يباع على الغائب عرضه في النفقة |
| 475 | فهرس الموضوعات |



دار الغرب الإسلامي

بيروت - لبنان

لصاحبها: الحبيب المنسي

شارع الصوراتي (المعماري) - الحمراء ، بناية الأسود

تلفون البناء: 340131 / تلفون مبانير : 350331 ص. ب. 113-5787 بيروت ، لبنان

DAR AL-GHARB AL-ISLAMI B.P.:113-5787 Beyrouth, LIBAN

رقم 201 / 6000 / 10 / 1994

التنفيذ والطباعة : دار صادر ، ص. ب. 10 - بيروت

COPYRIGHT © 1994

DAR AL-GHARB AL-ISLAMI
P. B. : 113-5787- BEIRUT

All rights reserved. No part of this book may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or any information storage and retrieval system, without permission in writing from the Publisher.

AD - DAḤĪRA

Šihābaddīn Aḥmad b. Idrīs al - Qarāfi
684 / 1285

Tome 4

Mis au point et annoté
par
MOHAMED BOUḤUBZA



DAR AL-GHARB AL-ISLAMI
1994

AD - DAḤĪRA